

HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

HUGONIS DONELLI

IURISCONSULTI

ET

ANTECESSORIS

OPERA OMNIA.

COMMENTARIORUM

DE IURE CIVILI

Tomus Quartus

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Castigationes Theologicæ.





LUCÆ MDCCLXIV.

Typis JOANNIS RICCOMINI.

CENSORUM PERMISSU.

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

LIB. XV.

XXVII.

Lib. XVII.



HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER DECIMUSQUINTUS.

De præstationibus iis, quas extra naturam contractus conventio ipsa inducat.

CAPUT I.

Quid debeatur ex quaque conventione: Id si est incertum, incertitudo quibus ex caussis existere soleat: Ea quomodo explicetur, cuiuscumque modi inciderit: Ac primum de obscuræ & ambiguæ significationis conventione: Tum de vi generalis promissionis.

Transitio, & Methodus. I.
Conventio quæ contractui accedit sive liberationem habeat, seu præstationem, non valet si contra ius facta. Hoc alibi auctor. II.
Sed nec ea, quæ habeat tantummodo dationem, iure statim valet, si contractui adiecta ex intervallo. III.
Secus si in continenti; & quatenus. Utriusque locus alibi. IV.
Propositum auctoris, partitio tractationis, atque ordo. V.
Res ex conventione debita quid sit. Ea dumtaxat peti potest. VI.
De promissa re certa nulla quæstio. VII.
Incerta res certa præceptione explicanda. VIII.
Divisio caussarum incertitudinis per gradus. IX.
Obscura verbi significatio quomodo explicetur; & unde dilucida verborum explicatio petenda. X.
Ambiguitas verbi duplex, & quæ. Utraque quomodo explicanda. XI.
Una res ex pluribus sub incerto promittitur generaliter, aut distinctim. XII.
Generalis promissio quæ. Genera, seu species quomodo usurpentur a nostris. XIII.
Eadem incerta. Hinc inutilis, vel utilis. Sola utilis exponenda, & quatenus. XIV.
Quarum rerum inutilis promissio. XV.
Pecuniæ promissio utilis non adiecta quantitate, si hæc aliunde deprehendatur. XVI.
Deprehenditur aut ex præeunte conventione, aut ex demonstratione conventioni inserta. Ex conventione quomodo. XVII.
Demonstratio ex re ducitur & persona promittentis in dote filiæ, & quatenus. XVIII.
Item ex fine dandi; & quibus in rebus. XIX.
Fundus non adiecto nomine inutiliter promittitur. Conciliatur L. 115. in princ. cum L. 75. in princ. D. de V. O. XX.
Item domus. XXI.
Stipulatio sistendi in iudicio sine certo die inutilis. XXII.
Item insulam ædificandi loco non adiecto. XXIII.
Quarum rerum utilis promissio sit, licet generalis. XXIV.
In eadem cuius electio: & quo e loco quæstionis definitio petenda. XXV.

I. Dixi hactenus quid ferat natura singulorum contractuum, quæque pro natura cuiusque sint ex singulis præstationes. Iam dicam, quid ferat [1] conventio in omnibus ad præstationem: quando obligationis potestatem initio ita divisimus, ut diceremus omnem ex obligatione præstationem aut natura contractus constare, aut conventione. Omnis de conventione ad obligandum comparata ut de aliis, duplex est quæstio. Prima, an conventio valeat: quo non constituto longius progredi non possumus. Proxima & huic consequens, cum erit utilis, quid contineat, ut sit, quod hinc vel tale, vel hoc aut illo modo sit præ-

1) Cuiuslibet contractus forma quadruplex esse potest. I. Substantialis, sine qua non subsistit, & a qua contrahendo recedere non licet. Quo referenda ex. gr. bona fides in contractibus bonæ fidei, in emptione pretium, in stipu-

præstandum. In quæstione de vi nihil nunc de principali conventione quærimus; cuius vis satis supra a nobis exposita est cum in commune, tum in singulis contractibus. Ea est enim principalis conventio, quæ iure comprobata contractum efficit, ut contractum ante definivimus. Quæ autem conventiones hic probentur, aut improbentur, quæ & quales sint in singulis contractibus, abunde supra diximus. De vi quærimus conventionis eius, quæ ad contractum & conventionem principalem accessit.

II. Non omnis vero conventio huiusmodi quæ ad dandum, non ad liberandum interposita sit, iure valet. Iam primum, quod omnium etiam earum quæ liberandi debitoris caussa interponuntur, commune est; illæ in universum exceptæ sunt, quæ sunt contra ius, aut dolo malo factæ. [2] Cautum edicto de pactis, *L. iuris gentium*, *§. ait*, *D. de pact.* Et contra ius accipi volumus, non solum quæ sunt adversus omnes partes iuris scripti, de quibus eodem edicto expressum est; sed etiam adversus ius non scriptum, eoque & adversus bonos mores. *L. 6. C. de pact.* Quæ sint illæ utriusque generis, nihil nunc dicam. Nam cum pertineant ad edictum commune superius, diligenter hæ a me, quæ essent, expositum est in eius edicti explicatione ad *d. L. 6. C. de pact.* Inde sumi potest.

III. Quæ reliquæ sunt conventiones accessoriæ, si ad præstandum quid interponuntur: tamen nec sic quidem statim iure valent. Quinimo ita regula iuris generaliter concepta est, ex pacto actionem non nasci. *L. iuris gentium*, *§. sed cum nulla*, *§. quinimmo*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Quo non aliud significatur, quam pactum esse inutile, quo id agatur, ut quid præstetur: si quidem ad id persequendum, de quo convenit, actione opus est, sine qua ab invito nihil exigas. Sed regula de his pactis accepta est, quæ adiiciuntur alicui contractui, ut præstetur videlicet, postea facta sunt seu ex intervallo.

IV. Quod si [3] in continenti adiecta sint in bonæ fidei iudiciis, placet ita valere quasi

stipulatione interrogatio & responsio. Nec hæc pacto immutari potest, quin contractus in totum destruatur, vel transeat in alium contractum sive numero diversum, si in emptione pretio addatur vel detrahatur *L. 72. in fin. de contr. empt* sive specie, si ex deposito mutuum fiat *L. 9. §. ult. de reb. cred. L. 24. Depo.* ex dote emptio *L. 10. C. de I. dot.* ex emptione donatio, si conveniatur ne pretium detur *L. 30. de contr. empt.* Atque hæc ita si pactum per se constet, ut contractum renovare possit. Quod si eiusmodi, ut eo solvo, nec contractus prior subsistere, nec novi contractus nomen induci possit, nullius momenti est, vitiatur, non vitiat, veluti: Ut creditis 10. reddantur 11. *L. 11. §. 1. de reb. cred.* Ne dolus præstetur in bonæ fidei contractu, ut in societate unius lucrum alterius damnum sit. Ne precarium intra certum tempus repetatur, *L. 12. de prec. &c.* II. Accidentalis ad accessiones seu adminicula pertinens, quæ adesse vel abesse possunt citra peremptionem. Atque hæc contrahentium arbitrio relicta, pactis immutari & variari potest. Unde pro diversa contrahentium intentione alia est. Naturalis pertinens ad ea quæ contractui naturaliter legis auctoritate insunt, etsi de iis nihil aperte convenit, modo non nominatim contra convenerit. Servatur enim hæc forma, nisi per pacta ab ea recessum, & quatenus non recessum. Quo referri debent ex. gr. in emptione præstatio evictionis, Tradendi præcisa necessitas, aliæque præstationes in re & extra rem, de quibus *supra Lib. 13. C. 3. & seq.* Exempla huiusmodi, quod alluvione accreverit, fœtura, fructus, periculum interitus emptoris, custodia rei, &c. Alia conventionalis, quæ conventionibus contrahentium attribuitur. Pacta enim in continenti adiecta dant legem contractui *L. 7. §. 5. de pact. L. 23. de R. I.* & formam *L. 52. pr. de V. O.* ac informant actionem *d. §. 5.* ut ex pacto naturam suam contractus excedat *L. 5. §. pen. de præscr. verb.* Atque hæc iterum duplex; Alia respiciens naturalia, seu adminicula ac præstationes contractus, quando pactis illis quid adiicitur vel detrahitur *L. 72. de contr. empt.* ex. gr. ne cautio duplæ præstetur, aut ut cum fideiussore præstetur, ne periculum interitus ante traditionem sit emptoris, ut fructus maturi venditori cedant, non emptori, &c. Alia respiciens ea quæ plane sunt extra naturam contractus, *L. 7. §. 5. vers. idem responsum de pact.* quæ vulgo DD accidentalia usurpantur. Ut si adiiciatur L. Commissoria, addictio in diem, pactum de retrovendendo, ut vocant; si conveniatur ut res empta locata sit venditori & in similibus. Quadruplicem hanc formam quandoque in eodem numero contractu spectare licet, quod ab aliis nondum observatum, certe non ita explicatum, vidi. Pone: Caius vendidit Seio fundum Tusculanum 100. aureis Cal. Ianuariis pure quidem, sed ut sub conditione resolveretur, si intra mensem alius meliorem conditionem attulerit: præterea convenit ut fructus tempore contractus maturos venditor prius perciperet. Hic præter substantialem formam, animadvertere est tum naturalem, in reliquis præstationibus quæ ex natura contractus veniunt, in quibus nihil aliud pactibus placuit; tum accidentalem recedentem a naturali, illique detrahentem, in fructuum perceptione venditori tributa; denique accidentalem extra naturam contractus in addictione in diem. Atque hanc distinctionem dubiis expediendis aptam ac expeditam reor. Aliter DD. vulgo fere inter contractus substantialia, naturalia & accidentalia distinguentes; de quibus ac de qualitatibus contractuum vid. Bellon. 1. *Supput.* 5. Coral 3. *Misc.* 10. Gomez. 2. *Resol.* 11. Hot. *Ill. Q.* 36. *& seq.* Vult. *pr. I. de contr. empt. n. 52. & seqq.* Philipp. Matth. *ad L. 27. de R. I.* A. Fab. *ad L. 7. §. 5. de pact.* Quomodo contrahentes dent formam contractui, Andr. ab Ezea *Lib. Pastor.* 3. *Rub. n.* 527 *& seqq.* Ræv. 2. *Var.* 1. P. Fab. *ad L. 27. de R. I.* Tunæ. Fab. 1. *Annot.* 6.

2) Non obstat *L. 31. de pact.* quod contra edictum ædilium pacisci licet. Nam ut Don *ad L. 6 C. de pact. n.* 9. Est eiusmodi pactum, ex. gr. ne redhibitoria agatur, magis contra edicti verba, quæ initio vitia reticere vetant, quam contra ipsum edictum, si totum spectes, eiusque sententiam. Neque enim actiones, quas dant emptori ædiles, repudiare vetant. Itaque improprie dicitur contra edictum, quod est contra ius ac beneficium ex edicto competens. Pac. 2. *Q.* 4. Neque ædilitias actiones remittens, ipsi edicto quod est pars honorarii & publici iuris, refragatur P. Fab. *ad L. 27. de R. I. pag.* 156. cum huiusmodi pactum sive remissio rem tantum privatam seu familiarem respiciat. Duar. *ad I. D. de pact. C.* 4. Hot *ad d. L.* 31. Quare non valitura conventio, ne in futuris contractibus locus sit; hæc enim vere contra ius; sed si iam cœpit ædilitio edicto locus esse, in contrahendo vel postea. Satisfactum enim ædilibus, qui non id agunt, ut etiamsi nolit utatur emptor eo beneficio *L. 69. de R. I.* Sic de beneficio Legis Falcidiæ pacisci licet, sed post mortem testatoris, non eo vivo. *L. 25. §. 8. ad L. Falc.* Ant. Fab. *ad d. L. 3.*

3) Id est statim antequam ad aliud negotium divertatur, vid. Gœd. *de Contr. Stip. C. 4. n.* 15. Forst *de Pact. C. 4. Membr.* 7. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 253. *& seqq.*

quasi pars sint eiusdem contractus, unde & contractui [4] inesse seu contractu contineri a veteribus dicuntur. *d. L. iuris gentium*, *§. quinimmo*, *D. de pact. L. s pacta*, 72. *D. de contr. empt.* Itaque non solum actionem pariunt, sed & actione eius contractus propria ad persecutionem conventi utuntur. *L. in bonae*, *C. de pact. L. fundi*, 79. *D. de contr. empt.* Sed hunc locum non persequor longius: de quo iam olim ita scripsimus ad *d. L. in bonae*, *C. de pact.* Ut nihil habeam ne nunc quidem, quod ad cognitionem & explicationem eius iuris requiram.

V. Cum de conventione tum principali contractus, tum ea quae contractui adiiciens ad hanc accessit, constabit utramque valere, sequetur illud alterum, ut quaeratur, quid conventio contineat, quae sint, & quales ex ea conventione praestationes. Et quod in legatis fecimus, idem hic ad futurum cursum reliquae explicationis recte informandum initio monendum putamus, in omni conventione qua id agitur, ut quid praestetur, duas res esse spectandas, quae totidem insunt conventioni; Rem promissam, & Circumstantias praestationis. In re videndum, quid, & quantum ex conventione debeatur, ut peti possit, & sit praestandum. In circumstantiis praestationis esse personas, inter quas res agitur: extra has autem tempus praestandi, & praestandi locum, quae ut suas dubitationes habent, ita suam tractationem itidem postulant. De quibus in hac parte ita orationem attemperare conabor, ut si quid inciderit, quod sit commune cum legatis, de quo illic scripserimus, eo remittam; si quid autem hic amplius erit, quod locus desideret, velim hinc si opus est, illuc transferri. Ne forte aut illic quid desit; quod hinc suppleri potest; aut quod satis ante dictum videri possit, odiose hic inculcetur.

VI. Ac de eo quod ex conventione debetur, primum videamus. Id vero in conventione id ipsum esse statuendum est, quod est promissum, seu deductum in conventionem. Id, inquam, ita est, ut quemadmodum debetur, ita & solum peti possit, ac debeat. Argumento est certissimo, quod si stipulatus sim a te illud aut illud disiunctim, non possim unam rem ex his petere, sed necesse habeam petere illud aut illud, uti conventio concepta est. Idemque est si generaliter sim stipulatus equum, aut bovem, *§. huic autem*, & *§. si quis generaliter*, *Institut. de act.*

VII. Ergo si res promissa certa est, quaestio tollitur. Hac enim certo constituta, habemus & praestationem, & petitionem, quam sequamur.

VIII. At non semper certum est id, de quo praestando convenit. Ideo quae hic incertitudo sit, quaeri solet, & cum inventa erit, quomodo explicetur, ut quod hic incertum est, praeceptione certum fiat, & res ad certam tum praestationem tum petitionem quo ad eius fieri potest, redigatur.

IX. Et incertitudinis quidem caussae ita se habent. [6] Incertam rei promissionem duae res faciunt, Conceptio orationis, aut conditio rei promissae. Incertam conceptionem orationis faciunt res item duae, aut Dictionis obscuritas, aut Unius rei ex pluribus sub incerto facta promissio. Obscuritas rursum dictionis aut ex significatione verbi obscura nascitur, aut ex ambiguo. Una res ex pluribus sub incerto promittitur dupliciter. Aut enim promittitur una incerta generaliter, aut plures certae disiunctim; unde in utroque unius rei electio sub incerto relicta, quaeriturque utri ex contrahentibus electionem demus. Conditio rei promissae eandem incertitudinem affert, cum una re verbis promissa, alia tamen debetur, quod in faciendi obligationibus accidit. Quo modo igitur haec explicamus? Et de his haec praecepta sunt, hae conventionis receptae interpretationes.

X. Obscura significatio verbi explicatur cognitione eius linguae, qua res inter aliquos gesta est: item consuetudinis atque usus eius, qui in eiusmodi orationibus vulgo obtinet. Sed quo minus laboremus in hoc genere, plerasque rerum appella-

4) Hot. *Ill. Q.* 36. *& ad L.* 7. *§.* 5. *de pact.* Inesse ex parte actoris est valere ad actionem reformandam, id est ad solemnem eius formulam vel minuendam, quod nocet actori, vel augendam, quod prodest. Ut si in mutuo initio convenerit, ut liceat debitori per partes solvere, ex. gr. singulis mensibus denos aureos, inerit pactum ex parte actoris, id est creditor singulis mensibus non nisi dena petere potest. Quod si ex intervallo post aliquot dies hoc convenerit, ex parte rei ad exceptionem locum habebit *d. §.* 5. tametsi non insit ea parte rei: Pacta enim ex intervallo negantur inesse contractui *d. §.* 5. An autem idem in strictis iudiciis? Multum controvertitur propter *L.* 13. *Cod. de pact. L.* 40. *de reb. cred. &c.* Quam contentionem nunc non dirimo. Sentio enim me voluminis brevitate arctari, vid. Cuiac. *ad L.* 7. *§.* 5. *de pact. &* 10. *Obs.* 24. Hot. *Ill. Q.* 36. Don. noster *ad d. L.* 13. *C. de pact.* Lonot. *de iur. Art. Tr.* 17. *& seqq. Ax.* 30. *& seqq.* Fachin. 2. *Contr.* 98. *& seq.* Goed. *Contr. stip.* C. 8. *Concl.* 2. A. Fab. *ad L.* 7. *§.* 5. *de pact.*

5) Cuius elegans paraphrastica expositio, apud Hotom. *Ill. Q.* 36 A qua longe recedit Cuiac. 2. *Obs.* 15. *&* 14. *Obs.* 28. vid. & Charond. 3. *Verisim.* 18. Raev. 2. *Var.* 1. Cont. 1. *Disput.* 17.

6) De contractibus certis ac incertis, & quando incertitudo vitiet dispositionem, vid. Connan. 6. *Com.* 3. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 7. *&* 3. *seqq.* Guttierez *de iuram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 64. Goed. *de Contr. stip.* C. 6. *Concl.* 19. *&* 22. *seqq.* Andr. Clud. *de Condict. incerti in generalibus n.* 5. *&* 6.

pellationes a nostris diligenter expositas habemus: unde licet ad explicationem significationis controversæ subsidium petere. Docendi caussa quædam notare sufficiet. Ex hoc genere est in rebus cum venditæ sunt ædes aut fundus. In quo quæritur quid sit *ædium*, quid *fundi*. Nam hæc omnia continentur verbo ædium & fundi: neque tamen de his inter omnes convenit. Locus expositus in *L. Iulianus*, 13. *§. ult.* & *LL.* 5. seqq. *D. de act. empt.* Eadem incertitudo in verbo *supellectilis*, *instrumenti* fundi, *penus*, si forte hæc promissa aut legata proponantur. De quibus & ipsis diligenter scriptiones nostrorum exstant suis quæque Titulis, *De supellectile*, *De instructo*, *vel instrumento legato*, *De penu legata*. Sunt & alia pleraque non statim obviæ cuique significationis, de qua si dubitetur, licet ex *Titulo* de verborum & rerum significatione petere. Ex hoc genere in rebus in iure consistentibus illa sunt exempli gratia; actione, vel hereditate vendita, quid his rebus contineatur: de quo sub Titulo *D. de her. vel. act. vend.* Servitute luminum, aut prospectus constituta, quid videatur constitutum, & quid inter hæc intersit. *L.* 4. *L. inter*, *L. lumen*, *D. de servit. urb. præd.* Et si quæ sunt aliæ servitutes prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum. De quibus etiam exstant passim nostrorum auctorum definitiones sub Titulis *De serv. urb. præd.* & *de serv. rust. præd.* In faciendi quoque obligationibus ex hoc genere incertæ significationis hæ sunt tractationes veterum. In hac stipulatione habere licere spondes? quid sit habere, & cui habere non liceat. *L. stipulatio ista*, 38. usque *ad §. alteri*, *D. de verb. obl.* His verbis per te non fieri, neque per heredem tuum quid contineatur. *L. cum filiusfamilias*, 49. *§. pen. L. in illa*, seqq. *D. eod.* Quid sit vacuam possessionem tradi, cum id promissum est. *L. in conventionalibus*, 52. *§. ult. D. eod.* Rem tradi stipulatio quid contineat. *L. si rem*, 28. *D. eod.* Quid illa, decem dari curabis? *L. illa*, 67. *§.* 1. *D. eod.*

XI. Ambiguitas verbi est, cum quod promittitur, duas sententias exprimit, unde incertum, utram potius sequamur. Veluti cum stipulor a te Stichum tuum, & duo sunt apud te Stichi; fundum Cornelianum, & duo sunt Corneliani. Aut cum venditur fundus mille florenis, nec exprimitur, quibus; cum hoc nomine aliter vocentur apud Belgas, aliter apud Germanos. Ad hanc ambiguitatem explicandam valent hæc præcepta veterum. Si ambiguitas ex eo est, quia verbo aliter atque aliter diversæ regiones uti solent; sequendum est id, quod in ea regione, in qua res gesta est, frequentatur. *L. semper in stipulationibus. D. de reg. iur.* Ut, si proponas in Germania venditum fundum tot florenis: etsi venditus sit homini Belgæ forte non satis linguæ Germanicæ perito, & de florenis in sua patria usitatis sentienti; tamen adversus eum florenos Germanicos accipiemus, non Belgicos: quanvis duplo fere pluris Germanici valeant, quam Belgici. Quod si est ambiguitas ex eo, quod plures res subiiciantur eidem verbo, non usu loquendi hominum, sed destinatione privata patrisfamilias, ut hic morem loquendi regionum diversum nullum agnoscamus; hoc extremum servatur, ut in omni stipulatione & conventione si quid ambigui est, verba contra stipulatorem interpretemur. *d. L. stipulatio ista*, 38. *§. in stipulationibus. L. quidquid*, 99. *D. de verb. obl. L. cum quæritur. D. de reb. dub.* Vide in hunc locum quæ scripsi ad *L. ubi*, 75. *D. eod.* Propone id quod ante diximus, promissum Stichum, cum duo essent Stichi. Si non probat reus se de alio sensisse, quam quem actor petit (nam alioqui nulla sit stipulatio propter dissensum. *L. inter* 83. *§.* 1. *D. de verb. obl.*) dicemus eum esse præstandum, non quem stipulator velit, sed quem promissor, ut de eo statuatur pro commodo & arbitrio promissoris.

XII. Unius rei ex pluribus sub incerto facta promissio maxime incertam conventionem facit, dum ex verbis conventionis non apparet quæ sit una illa ex pluribus, quæ promittitur; & maxime propter electionem, quæ in hoc genere conventionum promissori tribui solet, qui quid electurus sit, stipulatori non constat. Isto modo dixi rem promitti dupliciter. Aut enim rem incertam promitti [7] generaliter, aut res certas plures disiunctim.

XIII. Generalis rei promissio est, cum res aliqua promittitur infinite sub appellatione generis, non certa species designatur. Sic enim nostri loquuntur, & definiunt, ut dicant in stipulationibus, eoque & conventionibus omnibus contrahendis alias species, alias genera deduci. *L. in stipu-*

7) De generica stipulatione, & quid hic sit in obligatione tractat Gomez, aliquot sententias expendens, 2. *Resolut.* 11. *n.* 40. *& seqq.* Confer ea quæ *supra Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 8. *& seqq.*

stipulationibus, 54. *D. de verb. obl.* Ubi species ab his usitate dici constat res certo loco designatas, quæ Dialectici vulgo appellant individua, ut est Stichus, hic equus, ille bos. Genera autem ea, quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subiectas continent, sive hæ inter se notione communi differant, sive numero. Dialecticis vulgo homo species est infima, non genus. Nostris genus est, ut cætera genera superiora. Unde cum homo promittitur, dicitur generaliter promitti. §. *præterea si quis*, *Inst. de act.* *L.* 2. §. 1. *L. ubi autem*, 75. in pr. *D. de verb. obl.*

XIV. Ergo generis promissio maxime incerta: ubi ex tam multis rebus generi subiectis non nisi una aliqua & ea ex electione debitoris pendens, ut mox dicetur, promitti intelligitur. Hæc in hoc genere incertitudo ad vim conventionis non unam vim habet. Quædam inutilem promissionem generalem facit, ut non patiatur nos ad interpretationem conventionis progredi. Quædam intra incertitudinem consistens, utilem habet nihilominus conventionem, ac de huius interpretatione quæritur. Et si noverimus quæ genera utiliter in stipulatum deduci non possint, eadem opera quæ utiliter deducantur, cognoscemus. Prioribus enim remotis, cætera relinqui intelligemus, quæ utiliter deducantur.

XV. Promittuntur inutiliter ea, quorum species promisso subiectæ tales sunt, ut si minima ex his præstetur, præstatio sit inutilis. Huiusmodi generum quædam talia sunt natura ipsa rerum, quædam hominum constitutione, qua sola ita æstimantur. Natura, ex rebus animatis animal, & genera superiora. Ex inanimatis eæ omnes, quarum partes etiam minimæ, generis nomen obtinent quas vocant similares, græci ὁμοιομερῆ, ut lignum, caro, lac, panis, maxime autem res omnes pondere, numero, mensurave constantes, ut vinum, oleum, frumentum. Minima particula ligni est lignum; minimum frustum carnis est caro; minimum frustum panis est panis; minima particula vini, vinum; minima particula olei, oleum; minimus obolus est pecunia. Qualis est igitur animalis promissio, & generum superiorum? Inutilis ideo, quia ut est electio debitoris in hoc genere, de qua mox, inutilis est præstatio, cum secundum hanc electionem liceat promissori dare muscam aut formicam, utpote animalia & ipsa: quorum præstatio non tam sit inutilis, quam derisoria. Et quidem hoc nomine inutile legatum domus esse dicitur in *L. si domus*. 71. in pr. *D. de leg.* 1. Quanto magis rerum superiorum inutilis conventio, cum domus qualiscumque futura sit, multis modis superet superiorum animalculorum æstimationem? Ergo & similiter stipulatio inutilis, si quis promittat lignum, carnem, lac, panem. Nam in his, ut dixi, quæcumque sunt minimæ partes, quæcumque minima fragmenta & frusta, eadem dicuntur lignum, caro, lac, panis. Quarum partium præstationem apparet non minus quam in superiore genere individuorum esse inutilem & derisoriam. Ex quo necesse est & talem esse conventionem, ubi liceat promissori has dando liberari. Utrumque horum intelligetur certius ex iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant. De quibus hæc iuris certi definitio est: quidquid harum rerum promittitur, si sine adiectione ponderis, numeri, mensuræ promittatur, inutilem esse promissionem. Exstat in *L. ita stipulatus*, 115. in pr. *D. de verb. obl.* Qua ex sententia illa sunt: Eum qui triticum stipulatus est, nihil stipulatum videri, ne unum quidem modium, nisi de tritico certi generis, & certæ quantitatis actum sit. *L. triticum*, 94. *D. de verb. obl.* Item, dote ab extraneo simpliciter promissa, ut neque species ulla, neque quantitas adiiceretur, promissionem non valere. *L.* 1. *C. de dot. promis.* Item, salarium incerta quantitate promissum peti non posse. *L. salarium*, *C. mand.* *L. qui mutuam*, 56. § *salarium*, *D. mand.* Quippe promissio in his ea, quam supra diximus, idest & incerta, & ex hac incertitudine præstationem efficiens inutilem. Ut puta, infecto argento promisso, liceat dare siliquam, ut est electio debitoris. Pecunia promissa, liceat præstare obolum. Tritico promisso, duobus granis solutis liberetis. Promisso vino aut oleo, liberetis præstando mensuram cyathi. Quæ omnes præstationes & inutiles sunt, & ridiculæ; & quidem multo magis, quam in domo promissa aut legata dicere liceat.

XVI. Quod tamen de pecunia dicitur, hanc non adiecta quantitate inutiliter promitti, sic accipiendum est, nisi aliunde intelligatur, de qua quantitate sensum sit.

XVII. Intelligi autem potest aut ex præcedente aliqua conventione, aut ex demonstratione conventioni inserta. Ex conventione præcedente, veluti, si inter aliquos de certo tritico & certa mensura vendenda actum sit, idque constet, atque hinc stipulatio ita sit secuta, triticum dabis? Sic enim intelligitur triticum illud, de

quo

quo prius actum est. Qua ratione defenditur stipulatio tritici simpliciter promissi in *d. L. triticum*, 94. *D. de verbor. obligat.*

XVIII. Demonstratio ad eam rem ducitur aut ex re & persona promittentis, in dote quam pater sine certa quantitate pro filia promiserit. Hinc enim promittitur pecunia; sed nominatim in dotem. Ut intelligamus tantam promitti, quanta doti sufficiat. Nondum satis. Nam & hoc etiamnum incertum, quanta sufficiat. Unde & [8] extraneo eodem modo dotem simpliciter promittente, placuit promissionem esse inutilem, ut ante diximus. *L.* 1. *C. de dot. promis.* Accedit igitur persona patris, ex qua hæc quantitas certitudinem accipit, iure in persona patris modum dotis statuente. Nam pater iubetur dotare filiam, & modus dotis definitur pro facultatibus patris, & dignitate mariti. *L. capite*, 19. *D. de rit. nupt. L. ult. §. utramque*, *C. de dot. promis.* Cuiusmodi necessitas constituendæ dotis nulla imponitur extraneo, ut dici non possit eius constitutionis, quæ libera est, ullam quantitatem definitam esse, aut definiri potuisse legibus.

XIX. Ex dandi fine certitudinem quantitatis conventio accipit in huiusmodi conceptionibus: veluti, si quis promittat pecuniam ad illam viam reficiendam. Tale quidem legatum utile esse placet. *L. quidam*, 30. *D. de leg.* 2. Cur non probemus & stipulationem eiusmodi esse utilem? Utrobique enim destinatur nominatim pecunia ad refectionem viæ, cuius refectionis quantitas certa est. Idem dicemus, si alicui pecunia promissa sit ad viaticum, aut si cui simpliciter promissum viaticum. Hic enim intelliguntur sumptus, qui in iter faciendi sunt, qui aut hominum more idem iter conficientium ab initio certi sunt, aut postea eventu certi fient itinere peracto. Nec dissimilis conventio est superioribus, si cui promissa sit pecunia annua ad vitam eius. Huiusmodi quidem legatum valere constat. *L. si cui*, *D. de ann. leg.* Sed non dubitabimus, quin & stipulatio eo modo concepta, quo dixi, valeat. Destinata est enim pecunia ad victum annuum. Hic autem certus pro dignitate eius, cui promittitur.

XX. Quædam res generaliter promissæ eandem incertitudinem, & inutilitatem præstationis cum superioribus habent non natura rerum, sed hominum de his rebus constitutione. Qua de caussa placet similiter, & inutilem de his esse promissionem. In quo genere nominantur duæ res a iuris auctoribus, fundus, & domus. Fundum non adiecto nomine inutiliter & promitti & legari placet. *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verbor. obligat. L. cum post*, 69. *§. gener de iur. dot.* Hoc ideo, quia potest iure electionis reo his verbis concessæ is fundus dari ex omnibus, cuius præstatio non tantum sit inutilis, sed etiam derisoria. Quod ubi sit, iam diximus omnem conventionem, atque adeo legatum esse inutile. *d. L. si domus*, 71. in princip. *de leg.* 1. Accidit hoc non rerum natura, quæ certam cuique fundo quantitatem & formam non imposuit; sed hominum constitutione, quorum destinatione fundi aut magni, aut parvi, prout illis visum esset, constituuntur. *L. quod in rerum*, 24. *§. pen. D. de leg.* 1. Unde si quis bipedalem fundum sibi constituit, & hunc nominat fundum, hic illi erit fundus. Proinde ex fundo stipulatione promissor hunc dando liberari potest: Quod est inutile stipulatori, præsertim si longinquitas itineris accesserit, aut sit vile solum, ut multo plus impendendum sit in fundo colendo, quam quantum commodi ex eo capiatur. Hic tamen contraria scripta nostrorum videri possunt. Nam in *d. L. ita stipulatus*, 115. *de verbor. obl.* Papinianus scribit inutilem esse stipulationem, si quis fundum stipuletur non adiecto nomine. Contra in *L. ubi*, 75. in pr. *eod. tit.* Ulpianus incertarum stipulationum exempla proponens, inter cætera hoc ponit, si quis fundum stipuletur sine propria appellatione. Quo significatur & hanc quoque esse utilem. Utilium enim exemplis utebatur, non inutilium. Sed non sunt hæc contraria. Aliud est enim fundum promitti sine nomine; aliud sine proprio nomine, propriave appellatione. Sine ullo nomine, inutiliter promittitur, quia non intelligitur, quod sit promissum, quod quidem possit stipulatori esse inutile. At sine proprio nomine interdum utiliter [9] promitti potest. Ut, si promissori sint tres fundi Corneliani, & is promittat ex his quos habet, fundum Cornelianum. Placet utilem stipulationem esse. *L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verbor. obligat.* Scilicet, quia promittit adiecto nomine. Vocat enim Cornelianum suum. Apparet tamen fundum promitti sine nomine proprio, & sine propria appellatione, ut Ulpia-

8) De dote indefinite constituta quando valeat & de sententia *d. L.* 1. vid. Duar. 1. *Disput.* 56. Rob. 4. *Sent.* n.t. Charond. 1. *Verisim.* 17. Fachin. 8. *Contr.* 75. Io. Frid Solis *Tr. de Dote Q.* 15.

9) Aliter Gœd. *ad L.* 60. *de V. S. n.* 10.

pianus loquitur. Nam cum promissor tres haberet hoc nomine, manifestum est nomen non esse proprium unius, sed omnium trium commune.

XXI. Eandem cum fundo caussam domus generaliter promissae aut legatae esse placuit. *d. L. si domus*, 71. in princip. *de leg.* 1. nempe eadem illa ratione, quod domus, ut fundus, hominum destinatione constituitur. *d. L. quod in rerum*, 24. §. *penult. de legat.* 1. Talis est enim & tanta domus, qualem & quantam domino vel opifici facere visum est. Qua ex constitutione accidit, ut pleraeque domus sint non tam inutiles, quam onerosae; ut tuguriola, & ruinosae aedes, & praesertim si sint ruri, aut malo loco, & stipulatori incommodo sitae. Nec si promissor aedes habeat, ideo unam aliquam ex his promissam & deberi intelligemus: ut alioqui domo legata responsum est, si testator aedes habeat, videri aliquam ex his legatam. *d. L. si domus*, 71. *de legat.* 1. In testamentis enim plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis*, *D. de reg. iur.* In stipulationibus contra quod minimum est sequimur. *L. semper in obscuris. L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. iur.*

XXII. Etiam in faciendi obligationibus eadem incertitudo incidens aeque inutilem reddit faciendi conventionem. Quo in genere duae res hanc incertitudinem efficere solent, dies faciendi omissus, & omissus locus in quo fieri debeat. In die omisso hoc evenit, cum expedit stipulatori certo die fieri id, de quo convenit, & cum de eo die ageretur, is per errorem omissus est in stipulatione. Ut fit in stipulatione iudicio sistendi caussa. Solet enim haec stipulatio interponi pro commodo actoris, ut reus se sistat iudicio non quandoque, & cum ipsi visum erit, sed certo die, quem actor dicat, quo is veniat paratus ad agendum, & ibi experiatur, ut videtur, cum reo. Alia die reum venire, ut plurimum actori inutile est, Ideo placet hanc stipulationem, illo loco te sistes? esse inutilem, si cum ageretur de certo die, quo sisteres, is dies omissus sit per errorem. Sic est responsum Papiniani in *d. L. ita stipulatus*, 115. *D. de verbor. obligat.* ubi illa verba; *cum ageretur, ut certo die sisteres*, sic accipienda sunt, ut sisteres certo die, qui constitueretur postea, non qui iam tum, cum id agebatur, constitutus esset. Nam si prius convenisset de certo sistendi die, stipulatio ei conventioni subiecta etiam certo die non adiecto esset utilis, quia stipulatione ad praefationes relata is dies intelligeretur, de quo conventinne priore actum esse probaretur. *arg. in L. triticum*, 106. *L. Titia*, 134. §. 1. *D. de verb. obl.*

XXIII. Locus faciendi omissus semper inutilem facit stipulationem in insula & opere omni, quod quis aedificari stipuletur. *d. L. ita stipulatus*, *L.* 2. §. *si quis ita*, in fin. *D. de eo quod cert. loc.* Hoc ideo, quia qui promitit simpliciter se insulam aedificaturum nullo adiecto loco, in quo aedificaret; verbo aedificandi generali fit ei potestas, ubi volet aedificandi. Quam & ipsam electionem ius confirmat, ut fit in re generaliter promissa. At ex hac incertitudine efficitur exstructio insulae inutilis. Etenim insula aedificata ita futura est, ut erit locus, in quo aedificatur. Quidquid enim inaedificatur, solo cedit, eiusque conditionem sequitur. §. *cum in suo*, *Inst. de rer. divis.* Qua ex re evenit, ut si promissor aedificet in area stipulatoris, stipulatori acquiratur insula. Sin aedificet in solo alieno, nihil hinc acquiratur stipulatori, atque hactenus praestatio sit inutilis. Eam vero praestationem cum admittat generalitas stipulationis, fit, ut & ipsa tota sit inutilis; quoniam etsi aliud praestet promissor postea, non tamen praestaturus sit iure obligationis, sed quia voluerit.

XXIV. Sunt ergo haec genera, quae promissa eam incertitudinem habeant, quae ut praestationem inutilem efficit, ita & faciat inutilem conventionem. Quibus remotis, intelligemus nimirum reliquas res esse eiusmodi, quae generaliter recte & utiliter promittantur. Ut hominem dabis? equum dabis? tot vini amphoras dare spondes? Nec mirum, cum caeterorum generum singula corpora eadem compositione & conformatione constantia talia sint, ut unum quodlibet etiam minimum suam utilitatem habeat; si non tantam, quantam alia ex eodem genere: at certe suam, & natura constantem; ut homine promisso singuli homines; equo aut bove promisso singuli equi aut boves. Quantitas etiam in vino & similibus rebus expressa manifestam utilitatem habet.

XXV. Sed ita caeterarum rerum generaliter promissarum utilis promissio est, ut sit tamen incertae rei promissio. Cum enim intelligatur una ex toto genere promissa, quae postea eligetur, nec de ea electione quidquam conventione cautum sit, necesse est incertum relinqui, cui & quandiu eam electionem demus. Et placet de utraque parte idem ius esse in hoc genere stipu-

ſtipulationum, quod in eo, cum plures res diſiunctim promiſſæ ſunt. §. *præterea ſi quis, Inſt. de act.* Nec abs re. Nam qui hominem promittit exempli gratia, vi ipſa omnes homines ſub diſiunctione promittere intelligitur, puta illum aut illum, aut illum aut illum, atque ita deinceps. Ut ſcilicet ſub incerto debeantur omnes; re autem vera unus dumtaxat, quem præſtari oporteat. Unde Papinianus hominis legatum orationis compendio ſingulos homines continere ait. *L. Mævius, 66. §. duorum, D. de leg. 1.* Quare quod de ſequenti genere dixero, de utroque genere dictum intelligemus.

C A P. II.

De ſtipulatione plurium rerum diſiunctim promiſſarum: Tum de pœnali ſtipulatione: Ex utroque genere ſic res omnes conventione comprehenſas deberi, ut una tantum præſtanda ſit: Ad eam præſtationem utrius ex contrahentibus electio ſit, & quandiu.

Promittuntur diſiunctim res plures aut una oratione, aut diverſa. I.

Plurium rerum promiſſio facta diſiunctim incerta. Certa ſit electione; & vel talis habetur ab initio, aut eventu. II.

Quæ talis ab initio. III.

Certa ſit eventu aut unius rei ex duabus exemptione, aut unius recte facta electione. Quatenus exemptione. IV.

De electione quæſtio triplex, & quæ. V.

- *Prior definitio: ſtipulatoris eſt electio, ſi hanc ſibi excepit: & quidem ſolius. Alias electio ipſius promiſſoris eſt, & eius heredum.* VI. VII.
- *Altera: qui ita ſtipulatur, illud aut illud dabis, utrum* volam, *mutare poteſt non ſemel uſque ad litis conteſtationem; aliter ſtipulatus ſemel dumtaxat.* VIII.
- *Tertia: promiſſor ſeu debitor poteſt iterum & ſæpius mutare voluntatem quoad ſolverit. Differentiæ ratio.* IX.

Quare heres, idemque debitor in rebus diſiunctim legatis mutare ſententiam non poteſt. X.

Promiſſio diſiunctiva diverſis orationibus facta qualis. De hac quæruntur tria. XI.

1. *An pœnali ſtipulatione commiſſa debeatur pœna dumtaxat, an & illud præterea quod fuit in obligationem deductum.* XII.
2. *Si utrumque debeatur, an utrumque rurſus, vel alterum præſtetur dumtaxat.* XIII.
3. *Si alterum ſolum præſtari debeat; utrius in ea re optio, creditoris, an debitoris.* XIV.

I. Eſt ergo ſuperiori proximum genus, cum res plures promittuntur, certæ quidem & verbis deſignatæ, ſi per ſe ſingulæ ſpectentur: ſed promittuntur diſiunctim: ex qua diſiunctione res in eandem incertitudinem electionis incidit. De quo varie conſtituitur pro genere diſiunctionis. Promittuntur enim res plures diſiunctim aut una oratione, aut diverſis. Una oratione, ut Stichum aut Pamphilum; fundum illum aut illum; bovem aut decem dabis? §. *huic autem, Inſt. de act.* Idem eſt, ſi quis ex duobus equis aut bobus qui ſunt in ſtabulo, unum ſtipuletur. *L. qui ex pluribus, 106. D. de verb. obl.* Diverſis orationibus, cum pura ſtipulatione primo quid promittitur, deinde ſubiicitur pœnalis ſtipulatio hoc modo: Stichum dabis? ſi Stichum non dederis, decem dabis? quibus ſtipulationibus efficitur, ut Stichum, aut decem pœnæ nomine dari oporteat. Neque vero in his de vi ſtipulationis deque electione rei unius ex his quæ promiſſæ ſunt, idem ſervatur. Itaque de his diſtincte dicemus.

II. Et cum illud aut illud, aut ex pluribus rebus certis una promittitur eadem oratione, ipſa diſiunctiva oratio ſatis oſtendit non omnia ſimul exigi, uti fieret cum coniunctim comprehendantur; ſed unum exſiſtere ſatis eſſe. *L. ſi quis ita, 129. D. de verb. obl.* Id unum cum non exprimatur, & ab alterutro eligi oporteat, hinc incertitudo, quam electione certa conſtituta explicari oporteat. Ac de his ita ius eſt. Quæ ſunt huius generis conventiones, earum quædam iam ab initio certæ habentur, quædam eventu certæ fiunt.

III. Ab initio certæ habentur interpretatione iuris recepta, in quibus plures ſummæ diſiunctim ſunt promiſſæ. Ut, decem

aut

aut quindecim dabis? Sic enim accipitur stipulatio, quasi decem ab initio promissa essent, non exspectata futuri temporis electione. *L. si ita*, 12. *L. si ita*, 109. *D. de verbor. obligat.* Cæterarum rerum disiunctim facta promissio ab initio incerta electionem futuram exspectat, qua certa efficiatur. *L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *D. de verb. obligat.* Hæc ideo dissimiliter in summis & aliis rebus promissis, quod cum utrobique electio debitori detur, more hominum sanorum semper certum est [1] debitorem minorem summam electurum, ut non sit alia voluntas eius in eo exspectanda. Nam si commodum & facultatem eius spectamus, semper ei utilius & facilius est, minorem summam dare, quam maiorem: si affectionem, hæc in pecuniam non cadit. *L. 3. D. de in lit. iur.* præsertim minorem summam ut malit habere, quam maiorem a se amittere. Utrumque sæpe contra in rebus cæteris, in quibus fieri potest, ut quæ res est minoris pretii, eam debitor aut malit habere, ut homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur, aut difficilius possit expedire, quam eam quæ est pretii maioris. Indicatur hæc ratio in §. *præterea si quis*, in fin. *Institution. de action.* Ergo in his disiunctim promissis expectatur illud tempus, cum eventu certum fiet, utra ex his debeatur, utra in petitionem aut certam præstationem veniat. De quo sequitur, ut cognoscamus.

IV. Et certum id fit in hac specie duplici eventu; aut unius rei ex duabus exemptione, aut dum utraque exstabit, & deberi potest, unius electione recte constituta. Exemptio alterius rei est, cum ea postea aut perempta, aut aliter obligatione exempta fuerit, puta si stipulatoris facta sit. Hæc exemptio facit, ut sola, quæ superest, certo debeatur. *L. Stichum*, 95. in pr. *D. de sol. L. si Stichum*, 16. *D. de verb. obl.* Nam illa quidem quæ periit, aut stipulatoris facta est, amplius stipulatori dari non potest: quo casu obligatio exstinguitur. §. *item contra*, *Inst. de act.* Sed non ideo [2] liberatur promissor in totum. Non certe in ea, quæ superest. Cum enim illud aut illud promissum est, quandiu exstat utrumque, utrumque debetur, quasi unoquoque promisso sub conditione, si alterum non debetur. *L. 3. D. qui & a quib. man. lib. non fi.* Quæ res facit, ut una obligationi exempta, superstit etiam nunc altera, quæ debeatur, & certo peti possit, non aliter, quam si una ab initio in obligationem venisset. *d. L. Stichum*, 95. *de sol.*

V. Electioni unius ex rebus disiunctim promissis tunc locus est, cum res exstant. Hæc quoque eventu certum debitum facit, sed tunc, cum est recte constituta. Sic recte constituitur, cum & is eligit, ad quem ea electio iure pertinet, & cum elegit, amplius voluntatem mutare non potest. Itaque hæc definitio tres has quæstiones ordine inducit: Unam, in disiunctivis promissionibus utrius sit electio, stipulatorisne, an promissoris. Alteram, cum is elegit, cuius erat electio, possitne postea mutare voluntatem, ut prius electa repudiata alteram eligat. Tertiam, si potest mutare, an possit sæpius, & quousque.

VI. Et facultas eligendi in hoc genere conventionum alias stipulatoris est, alias promissoris. Stipulatoris sine dubio: si is nominatim hanc sibi [3] exceperit: puta, Stichum, aut decem, utrum ego volam, vel utrum voluero, dabis? *L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *L. si quis*, *stipulatus*, 112. in pr. *D. de verb. obl.* Idemque fit hoc modo, si quis stipuletur ex pluribus rebus promissoris sibi unam per eum sumere licere. *L. si sic stipulatus*, 93. *D. de verb. obligat.* Sumit enim quisque quod arbitrio suo electum occupat: non quod ab alio oblatum, & traditum ab eo accipit. Et recte in hac conventione stipulatoris electio est, quia ut is alias eligendi ius non habeat: tamen cum constat, quid actum sit, semper etiam in stipulationibus id servandum est. *L. semper in stipulationibus*, *D. de verb. signif.* Hæc res facit, ut in hoc iure semper possit stipulator unum certum ex his quæ promissa sunt, & idem solum intendere sibi dari oportere; non autem petere illud aut illud, uti hæc verbis in stipulationem deducta sunt. *d. L. ubi* 75. §. *qui illud de verbor. obl.* Illud de hac electione monendi sumus, quocumque modo sibi hanc exceperit, aut caverit stipulator, personalem eam esse, eoque nec transire ad alios; dissimiliter atque est obligatio, quæ ex eiusmodi stipulatione nascitur. *L. si stipula-*

[1]) Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 34. Non hic petenda est libello disiunctive utraque summa, sed sola minor. Et si solvat debitor maiorem, quod in ea amplius est, solvitur non vi contractus vel obligationis, sed donationis.

[2]) Quod declarare nititur Gomez. *d. C.* 11. *n.* 40. si scilicet pretiosior perempta vilior mansit. Nam si contra, debitorem liberari vult æstimatione rei peremptæ præstita per *L.* 47. §. 3. *de leg.* 1. Quæ sententia æquitatem habet, si casu res, citra culpam vel factum debitoris perierit, vid. Briss. *Lib.* 1. *de Solut. p. m.* 342. A. Fab. 2. *Coniect.* 15.

[3]) Electio quando creditoris sit, vid. Moll. 1. *Semestr.* 27.

pulatus, 76. in pr. *D. de verbor. obligat.* Utputa, filiusfamilias illud aut illud emit ex peculio profectitio. Qua ex caussa paratum patri acquiritur. §. 1. *Institution. per quas pers. nob. acq.* Si tamen is filius ita emerit, stipulatusve sit, illud aut illud, utrum velim: obligatio quidem patri acquireretur; at electio non acquiretur, quæ personæ filii cohæret. Idemque in servo stipulante, eamdemque electionem sibi excipiente placuit. *d. L. si stipulatus, 76. L. ult.* in pr. *de verb. obl.* Quapropter & si quis paterfamilias eodem modo sibi stipulatus fuerit, illud aut illud, utrum volam: dicemus eo ante electionem mortuo hanc non transire ad heredes; eadem illa ratione scilicet, quia hæc electio sit personalis, ut definitur generaliter in *d. L. si stipulatus*, 76. Quæ autem personalia sunt, ad heredes non transeunt. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Scio vulgo eum locum contra accipi, quia ita verba sunt, *hæc electio personalis est: & ideo servo, vel filio talis electio cohæret. In heredem tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore.* Quasi his verbis distinguatur stipulatio servi & filii a stipulatione patrisfamilias: ut ex illorum stipulatione non transeat electio ab his excepta ad dominum aut patrem; ex huius autem stipulatione transeat ad heredes. Quasi idem sit transire obligationem istam ad heredem, & ad heredem transire electionem. Quod longe aliter se habet. Et omnino hoc voluit Paulus; cum quis sibi stipulatus est illud, aut illud utrum vellet; si prius mortuus sit, quam eligeret, electio quam sibi excepit, personalis est, Quo ipso satis sua sponte intelligebatur [4] eam non transire ad heredes, uti est conditio eorum omnium, quæ sunt personalia, sed nihilominus transit obligatio, idest illud aut illud debebitur heredibus itidem ut stipulatori; verumtamen non utrum volent, ut prius velle potuit stipulator, sed utrum volet debitor, ad quem electio necessario rediit, amissa prius stipulatoris electione, quæ morte eius finita est.

VII. Quod si in hoc genere stipulationis nihil nominatim de electione cautum sit, & exceptum stipulatori: certi iuris definitio est, tradita multis locis, In alternativis obligationibus, seu pluribus rebus disiunctim in obligationem deductis electionem esse [5] debitoris, quam velit dare. *L. plerumque* 10. §. *ult. D. de iur. dot. L. qui ex pluribus*, 105. *D. de verb. obl.* §. *huic autem. Inst. de act. L. si in emptione*, 34. §. *pen. D. de contr. empt. L.* 2. §. *Scævola*, *D. de eo quod cert. loc.* Sumptum ex illa superiore regula de interpretatione ambiguæ & incertæ conventionis, Quoties in stipulationibus aliquid ambigui aut incerti est, quod aliunde coniectura explicari non possit, verba contra stipulatorem interpretanda esse pro promissore. *L. stipulatio ista*, 38. §. *in stipulationibus*, *D. de verb. obl. L. cum quæritur*, 26. *D. de reb. dub.* Illud in hac electione quærendum non est, sitne ea personalis, an non sit, utrum a debitore transeat ad alios, an non transeat. Nam cum dicatur hanc electionem debitoris esse; satis declaratur eos omnes, ad quos hæc obligatio pervenit, ut debitores fiant, hanc electionem habere ex verbis ipsis definitionis. Hac electione debitori constituta, qualis inde stipulatoris petitio & intentio esse debeat, intelligitur. Hæc erit nimirum, ut quemadmodum nihil dum certi debetur, ubi non constat, quid debitor datum velit, sed tantum illud aut illud; ita illud aut illud petere stipulator debeat, formam videlicet stipulationis & debiti secutus. §. *huic autem. Inst. de act.*

VIII. Sed utrius ex contrahentibus erit electio in rebus, uter etiam pro iure suo unam ex promissis rebus elegerit: nondum tamen electione certum factum est, quid debeatur, nisi hæc ipsa electio rata sit, ut mutari non possit, ut supra definivimus. Non enim est electio, quam quis mutaverit, si modo potest mutare, & ad aliam rem transire. Hinc secundo loco quæritur liceatne ei, cui electionem damus, sive stipulatori, sive promissori, cum aliquando elegerit, in eo mutare voluntatem, & rursum aliud eligere. Et tertio, si potest, quandiu possit, Quorum de utro-
que

4) Quod probat pluribus Donellus noster ad *d. L.* 76. *n.* 3. 4. 5. (1) Quia personalis hæc electio non tantum in servo vel filio, sed & in homine sui iuris, tum quia IC. dicit *fuerim* non *fuerit servus*, *&c.* tum quia alias non rite inferret *& ideo*, *&c.* sed idem diceret. (2) Electio est voluntatis: Ergo *L.* 4. *Locati* (3) in servo filioque eadem personalis non ob personam servi filiive; nihil minus, sed natura sua. (4) Facilius quid transit ad dominum quam ad heredes, quia etiam invito domino acquiritur (5) per *L.* 18. *de R. I.* Dices: quæ ratio dubitandi quin obligatio transeat? Resp. Illa. Quia electio stipulationis pars, videbatur esse stipulatio conditionalis: si voluerit stipulator, cuius conditio morte exstincta. Obstat *L.* 75. §. *pen. de leg.* 1. Resp. Don. *n.* 5. ideo ibi electio legatario, quia prius testator, idemque stipulator eligit. Legando enim eo ipso eligit quod legatarius electurus. Proinde electio legatarii non constituit electionem, quam sibi testator stipulando exceperat, sed declarat, arg. *L. asse* 77. *de her. inst.* Quare transit ibi ad heredem non electio futura, sed antea constituta.

5) *C. in alternativis* 70. *de R. I. in* 6. idque tam in onerosis, quam lucrativis contractibus, vid. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 39. De vi, & natura, significatione, & effectis disiunctivarum seu alternativarum pluribus Greg. Lopez. *Animadv.* C. 20. *&* 4. *seqq.*

que coniunctim dicemus, quando utrumque ad potestatem mutandæ voluntatis pertinet. Et in hac re alia caussa habita est stipulatoris, alia debitoris. Stipulator mutare interdum potest, interdum non potest. De quo statuendum est pro eo, ac sunt verba, quibus sibi electionem constituit. Interesse enim visum est, utrum ita stipulatus sit, illud aut illud dabis, utrum volam? an vero illud aut illud, utrum voluero? ut si quidem hæc fuerit conceptio, utrum volam; donec iudicium dictet, id est litem contestetur, mutandi potestatem habeat: sin ita, utrum voluero, cum semel elegerit, mutare voluntatem non possit. Hoc in *L. si quis stipulatus*, 112. in pr. *D. de verb. obl.* Ex vi verborum ductum videlicet. Nam hoc verbum, *volam*, tractum habet futuri temporis, ut *ibidem* dicitur. Et ut alibi, extensivum est, ad omne scilicet futurum tempus pertinens. *L. filii*, *D. ad Tertyll.* Ut dicendum sit, quandocumque stipulator volet postea, & quoties volet, semper voluntatem esse congruentem verbis, quibus sibi cavit. At illud, *voluero*, habet significationem præteriti temporis, quod tunc declaretur postea, cum stipulator voluerit. Hoc vero cum præteriit, amplius revocari non potest. Quo fit, ut cum semel dixerit se illud velle, electionem consumpserit, cum quidquid volet postea, semper necesse sit electionem ad id, quod præteriit, id est quod voluit antea, referri. Sed etsi electionem sibi constituerit verbis in futurum tantum conceptis; non longius mutandæ voluntatis potestatem habet, quam usque ad litem contestatam. Lite semel contestata quam prius habebat, amittit, *d. L. si quis stipulatus*, 112. *de verb. obl.* Non utique ideo, quia litem sit contestatus. Nemo enim litem suam contestando deteriorem conditionem suam facit: *L. non solet*. *L. nemo enim*, seq. *D. de reg. iur.* sed quia litem contestando simul eligendæ alterius rei potestatem debitori remisit: quod non fit ante litem contestatam, quamvis semel elegerit. Nam ante illud aut illud debitum fuit stipulatori: nec cum is unum eligit, ideo constituit novam obligationem, in qua illi non sit eadem electio, quæ prius fuerat. In lite autem contestanda unum tantum iudicio petit, nempe quod vult. *d. L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *de verb. oblig.* Unum petendo, mutat obligationem. Facit enim ut debitor rem iudicio petitam proprie debeat: quoniam iudicio nova contrahitur obligatio de eo, quod in iudicium deducitur. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Re petita deberi cœpta, fit locus regulæ iuris, qua placet solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Cuius non hæc solum significatio est, ut si quid creditor oblatum ultro acceperit, debitor liberetur: sed etiam ut debitor solvere possit invito creditore, atque ita liberari. *L. obsignatione*. *L. invito*, *C. de sol.* Quod si ita est, sequitur, ut creditor invito debitore amplius aliud petere non possit, & quod idem est, ut alterius rei solvendæ necessitatem debitori eodem facto remiserit. Vide plura in commentariis ad *L. qui ex pluribus*, 116. & *L. si quis stipulatus*, 112. *de ver. obl.*

IX. Alia debitoris caussa est in ea electione, quæ illi tribuitur. Placet eum cum elegit posse semper voluntatem mutare, neque id solum, sed & perpetuo, donec solverit, id est, non solum ante, sed etiam post litem contestatam. Neque id solum, sed etiam post rem iudicatam, donec ad exsecutionem iudicati ventum fuerit. Hoc in *d. L. qui ex pluribus*, *L. cum qui certarum*, 138. §. *ult. D. de verb. obl.* Cur hæc tam varie? In caussa est dissimilitudo petitionis, quæ alia est, cum creditoris electio est: alia, cum debitoris. Iam dixi, cum creditor electionem habet, eum rem unam certam pro iure suo petere. Hæc illi petitio electionem suam adimit, ut ostendi. Cum autem debitoris est electio, ibi hæc creditoris petitio est, ut illud aut illud petat, uti & verbis debebatur. *d. §. huic autem Inst. de act.* Hæc petitio non modo electionem priorem debitori adimit, sed etiam maxime & aperte conservat. Quod si petitio: etiam res eodem iudicio iudicata conservabit. Placet enim sententiam iudicis congruere debere petitioni institutæ. *L. ult. C. de fid. lib.* Huius differentiæ alia ratio reddita videtur in *d. L. cum qui certarum*, 138. in fin. Sic autem verba sunt: *cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licet sibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis, quia diversa caussa est voluntatis expressæ, & eius quæ inest.* Sed hæc ratio eadem est cum superiore. Nisi quod eadem est tantum ex parte, ut cui desit rationis ratio. Est autem hæc sententia. Occurrit his verbis Venuleius tacitæ obiectioni, quæ nascebatur ex persona stipulatoris, cum is electionem habet. Nam hunc placer, cum iudicio egit, & unum elegit, iam amplius voluntatem mutare non posse. Respondet ille mirum id videri non debere. Aliam enim hic caussam esse voluntatis expressæ,

id est stipulantis nunquam electionem nisi expressa voluntate habentis: aliam voluntatis eius quæ inest, id est debitoris electionem iure ipso & tacite habentis, non expressa conventione. Id ipsum & nos diximus. Sed non exprimit, quare horum sit diversa caussa in voluntate expressa, & ea quæ tacite inest. Nos ostendimus, & huc ratio a nobis supra reddita pertinet.

X. Hæc de potestate mutandæ prioris electionis aliter observantur in rebus disiunctim legatis. Nam si testator ita leget; *Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato: cum semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit*. L. huiusmodi 84. §. *Stichum*, *D. de leg.* 1. Et tamen heres in hoc legato debitor est. Et quod multo proclivius dictu est, si vice versa testator ita leget: Stichum aut Pamphilum Titio dari volo, utrum volet. Si is dixerit, utrum velit sibi dari, voluntatem mutare non poterit, ut alium postea eligat. *L.* 5. *D. de leg.* 1. *L. apud D. de opt. leg.* Id ratio legati per electionem statim quæsiti facit: quæ nisi cogeret ita statui, potius dicendum fuisset in testamentis plenius voluntatem testantis fuisse in hoc genere interpretandam iuxta regulam iuris. *L. in testamentis*, *D. de reg. iur.* Quod ita fieret, si quam electionem testator heredi aut legatario datam voluit, eam liberiorem & minus adstrictam his tribueremus. Sed, ut dixi, legatum post electionem legatario quæsitum prohibet. Ubi heres ex duabus rebus disiunctim legatis dixit se illam dare velle; si consistat electio; facit ea electione, ut quod eligit, perinde habeatur quasi ab initio legatum esset. *L. cum incertus*, 13. *D. de leg.* 1. Ideo statim dominium eius rei tanquam legatæ[6] transit in legatarium, ut est ius omnium rerum legatarum. *L. a Titio*, 64. *L. de furt.* Rem legatario semel quæsitam heres invito adimere non potuit. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Quod fieret, si per ea liceret aliam legatario mutata electione offerre. Similiter cum legatarius pro electione sibi tributa dixit se unam rem velle; quia electione hanc certam legatam facit, ideo eodem illo iure & huius dominium statim ei acquiritur. Quod cuiquam acquisitum est, id ab eo repudiari non potest. *L.* 1. §. *decretalis*, *D. de succ. ed.* Repudiaret autem legatarius, si omissa ea quam elegit, liceret ei ad alterius petitionem transire. Unde bene dictum in *d. L. apud de opt. leg.* legatarium prima testatione superiore omne ius legati consumpsisse. Nulla eiusmodi ac iudicio est stipulatori ex alterius contrahentium electione. Sive enim stipulator dixerit velle se sibi dari rem unam, quam demonstravit, sive promissor constituerit se unam certam dare velle: non eo magis stipulatori acquiritur. Traditionibus enim non nudis pactis dominia rerum acquiruntur, multoque minus nuda testatione voluntatis. *L. traditionibus*, *C. de pact.* Sic fit, ut ex caussa conventionis electio solam rem integram servet eligenti, nisi aliud convenerit: in legatis electio dominium in legatarium transferens, id est rem integram esse non sinens, ius legatarii consumat.

XI. Atque hæc conditio & vis est promissionis disiunctivæ, cum eadem oratione res plures disiunctim promittuntur. Dissimilis conditio obligationis, cum res plures disiunctim promittuntur diversis orationibus. Quod tunc accidit, cum pœnalis stipulatio præcedenti conventioni puræ subiecta est; Veluti, cum ita stipulor, fundum illum dabis? si fundum non dederis, decem dabis? vel navem facere spondes? si non feceris, centum dabis? Illud tamen huic speciei cum superiore commune, quod & hæc ipsa, quid norum debeatur, & cuius sit petitio, propter alternationem rerum incertum facit, quæ incertitudo hic quoque explicanda est. Ac tria sunt in hac specie, quæ quærantur. Primum an existente pœnalis stipulationis conditione, nihilominus prior stipulatio aut alia iusta conventio integra maneat, ut ex ea agi possit: an vero quasi facta prioris novatione sola pœna peti possit. Secundum, si pœnali stipulatione commissa nihilominus duæ manent stipulationes, & utraque stipulatione promissum debetur: debeaturne utrumque simul, an vero alterum tantum, & quatenus. Tertium, si alterum tantum debetur, utrius sit electio stipulatorisne utrum petat, an promissoris utrum solvat. De quibus dicam brevius, quia pluribus totus hic locus a me expositus est ad *L. ita stipulatus*, 115. in fin. *D. de verb. obl.*

XII. Prima igitur hic quæstio est de eo quod debetur an commissa pœnali stipulatione supra scripta, novatio prioris fiat, ut sic sola pœna debeatur ex posteriore; an vero utraque stipulatione manente debeatur ...

6) Ita Briss. *Lib.* 2. *de Solut.* quia optionem statim sequitur dominii translatio, lege ipsa ultimas voluntates ad exitum perducente, vid. *plurib.* Simon. de Præt. *Lib.* 2. *de Interpr. ult. vol. Interpr.* 1. *Dubit.* 5. *Sol.* 3. & 4.

beatur utrumque, & quod prius in obligationem deductum erat, & pœna. Rem dubiam fecerunt scripta veterum relata in Pandectas in speciem de hac re contraria. Nam utramque conventionem manere, & ex ea agi posse traditur in his locis *d. L. ita stipulatus*, 115. in *fin. de verb. obl. L. si quis a socio*, 41. *L.* seq. *L. duo*, 71. *D. pro soc. L. prædia*, 28. *D. de act. empt. L. qui Romæ*, 122. §. *Flavius*, *D. de verb. obl.* Contra in *L. obligationum fere*, §. *ult. D. de obl. & act.* diserte ita scriptum est: *Si navem fieri stipulatus sim, & si non feceris, centum* ex stipulatu sequentis stipulationis conditione magis esse, ut prior stipulatio transfundatur in posteriorem, & quasi novatio prioris fiat. Quod nihil aliud est, quam exsistente pœnalis stipulationis conditione, id est si factum non sit, quod prius promissum erat, solam pœnam hinc deberi priore stipulatione sublata. Quæ breviter ita concilianda sunt, ut referre visum sit veteribus, quid prius promissum sit, res an factum: & præterea qualis fuerit ea conventio. Si prior stipulatio fuit in dando, veluti, Pamphilum dabis? si non dederis, centum dabis? placebat nunquam pœnali stipulatione prioris conventionis novationem fieri, sive ea conventio verbis non constaret, sive esset stipulatio: sed commissa pœna utrumque deberi ac peti posse, Pamphilum, & pœnam. Hoc non obscure indicatur in *d. L. ita stipulatus*, 115. in fin. Sed etsi prior conventio esset in faciendo, si tamen id de quo faciendo convenit, non stipulatione cautum esset, sed alia conventione iusta citra stipulationem: obtinebat hic quoque ea sententia, quasi non videretur prioris conventionis novatio fieri, sed commissa pœnali stipulatione ex utraque conventione agi posse; ex priore quidem peti id quod interest factum esse quod factum non sit, ex posteriore autem pœna. Ut si in emptione convenisset primo inter nos, ut intra mensem vacuam possessionem traderes; & nisi tradidisses, stipulatus sim centum. Idemque in similibus conventionibus magno consensu probatum est in his locis. *L. prædia*, 28. *D. de act. empt. d. L. si quis a socio*, 41. & *L.* seq. *d. L. duo*, 71. *pro soc. d. L. qui Romæ*, 122. §. *Flavius*. *D. de verb. obl.* Quod si in priore conventione hæc duo concurrerent, ut & quid fieri promissum esset, & promissum non quavis conventione, sed stipulatione; hic constitit Pauli illa sententia superior, qua scribit exsistente pœnalis stipulationis conditione prioris fieri novationem: ut in illa specie; navem facere spondes? si non feceris, centum dabis? *d. L. obligationum*, §. *ult. de obl. & act.* Differentiæ rationem hanc habuisse videntur veteres. Nam cum priore stipulatione res promittitur, & posteriore pœna, apparet duas res diversas promitti his stipulationibus. Quod cum fit, nunquam probabiliter dici potest pœnalis stipulatio inducta esse, ut priorem tolleret: cum potius subiici soleat prioris stipulationis confirmandæ caussa, quo scilicet magis detur, aut fiat, quod prius promissum est. *arg. in* §. *ult. Inst. de leg.* At cum priore conventione quid fieri cautum est, & posteriore promittitur pœna, ut in hac specie, navem fieri spondes? si non feceris, centum dabis? in utramque stipulationem aut eadem res deducitur, aut certe pœna commissa in prioris debitæ locum subrogatur. In utraque certe vertitur pecunia facti æstimatio. Nam in faciendi obligationibus, si factum non sit, quod promissum est, pecunia debetur: nempe id quod interest nostra factum fuisse, quod promissum erat. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*. *L. si pœnam*, *D. de verb. obl.* In stipulatione pœnæ etiam pecunia, quæ pœnæ nomine promittitur. Sed esto: ne sint hæc eadem. At certe promittitur pœna, ut sit loco eius quod interest, quo scilicet quantitas stipulationis, quæ in eo quod interest, incerta futura erat, stipulatione pœnæ certa fiat, ut declaratur in §. *ult. Inst. de verb. obl.* Ut nihil esset aliud: tamen hoc modo ex fine stipulationis pœnalis priori faciendi subiectæ colligebatur voluntas contrahentium id agentium, ut quantitas eius quod interest transfunderetur in stipulationem pœnæ: ex hac voluntate [7] novatio, quam toties statuebant vete-

7) Ita & [illegible] ad *L.* 115. *de V. O. n.* 31. *& seqq.* & consentit Bell. *L. b.* [illegible] *de Solut. Tit. de No*[illegible]*at. pag.* 301 Sed P Granglan. [illegible] C. 33. nec in facti obligatione novationem hic admittit *per L.* 4 §. 3. *de re iud. L.* 113. *de V. O.* & ad *d. L.* 44. §. *ult.* Resp. ex voce *quasi* umbram ibi novationis esse, non veram, & simpliciter eam fieri negat, Cuiac. *ad L.* 10. §. 1. *de pact.* & A. Fab. *ibid.* qui vult *d. L.* 44. §. *ult.* p[illegible] non agere de pœnali stipulatione, sed comprehendere [illegible] tam fu. nam pro taxatione eius quod interest ad evitandum probationis onus, *L. ult. de præt. stip.* ad Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 7. *n.* 54. *& seqq.* quia hic promissio alternativa ac utrumque sub conditione detur; finis huius non ut infirmet, sed ut firmet, securioremque reddat creditorem. Nec diversum esse in stipulatione faciendi, quia etsi in ea quod interest debetur, non tamen principaliter, sed in subsidium sub conditione facti non sequuti. Quo non sequuto adhuc liberum est omissa pœna id quod interest persequi, &c. Contra Hotom. *ill.* Q. 10. aliter Curt. 1. *Conject. ad Vev.* 20. Hieron. Torniell. in Q. *An & quando pœn. stip. aliam novet ad Leg.* 115 *de V. O.* tribus conclusionibus quasi ita expedit. (1) Non novat si ex intervallo sequatur *L.* 4.

veteres, quoties contrahentes videbantur hoc animo esse, ut priorem stipulationem in posteriorem translatam vellent. §. *præterea, Inst. quib. mod. toll. obl.* Cur ergo non idem probabant, cum prior conventio in faciendo erat, sic tamen ut factum promitteretur alia quavis conventione iusta citra stipulationem? Credo, quod ita est regula naturæ, quoniam unum quodque tollitur eodem modo, quo colligatum est: ideo stipulatio stipulationem tollere & novare possit: rem autem aliter contractam aut non possit, aut certe non soleat. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Sed hæc disputatio hodie supervacua est. Nam constitutione Iustiniani, quæ est de novatione, effectum est, nunquam novationem præcedentis obligationis fieri, nisi cum hoc ipsum nominatim dictum est, ut fieret. *L. ult. C. de novat.* §. *præterea, Inst. quib. mod. toll. obl.* Post quam constitutionem in quæstione proposita dicemus, sive stipuler Pamphilum, & nisi dederis, centum: sive stipuler navem fieri, & nisi feceris, centum: & generaliter quæcumque stipulatio præcesserit, sive dandi, sive faciendi: hoc iuris esse, ut si datum, factumve non sit, quod ante promissum erat, atque ita commissa sit pœnalis stipulatio, utrumque debeatur, & quod prius in stipulationem venerat, & pœna posterius promissa.

XIII. Sequens igitur quæstio est, cum placeat utramque stipulationem manere, & quod in utramque deductum est deberi: utrum debeatur simul utrumque, an vero alterum tantum, ut præstetur. Et si quidem nominatim convenit, ut existente stipulationis pœnalis conditione, præstaretur utrumque simul, & res promissa seu in faciendi obligationibus id quod interest, & simul pœna; non abs re conventionem quæ de re privata est, servandam esse placuit. *d. L. ita stipulatus*, in fin. *D. de verb. obl. L. pen. D. de transf.* Sin de eo nihil aperte convenit, conditio pœnalis stipulationis ostendit, alterum tantum ex his deberi, & peti posse. Sive enim datus est Pamphilus, ideo pœna peti non potest, quia conditio pœnæ hæc erat, si Pamphilus datus non esset: sive pœna soluta, ideo Pamphilus peti non potest, quia hac conditione tantum debetur pœna, si Pamphilus non detur. Certe unum consecutus si alterum petat, etsi iure commissa sit utraque stipulatio, tamen petens doli mali exceptione potest summoveri. Intelligitur quoque hæc pars ex *d. L. ita stipulatus*, in fin. *de verb. obl.* expressa est in *L. 4. §. Labeo ait, D. de dol. mal. exc.* Pœnam consecutus, si bonæ fidei iudicio agat in id quod interest, quia fa[illegible]m non fit id de quo p[illegible]us convenerat, ut pro socio, aut ex empto: placet usque ad pœnæ quantitatem ipso iure his iudiciis agi non posse. *L. prædia*, 28. *D. de act. empt. L. si quis a socio* 41. *D. pro soc.* Hoc ideo, quia bonæ fidei iudicio exceptiones insunt. *L. 3. D. de rer. vend.* Sane unum consecutus hactenus non potest alterum petere, quatenus fuerit iam ante consecutus. Quod si quid amplius erit in altero, hactenus de eo agere non prohibetur, ut declaratur in *d. L. si quis a socio*, & *L. seq. D. pro socio. d. L. prædia, D. de act. empt.*

XIV. Postremo quæritur, cum alterum tantum dari, & peti debeat, utrius velimus esse electionem, creditoris, an debitoris. Nam & hic utrum dicamus, ad rationem eius quod debetur, multum interest. Et placet, idque ex genere stipulationum perspicuum est electionem esse creditoris, utrum petat, non debitoris utrum solvat. *d. L. si quis a socio*, & *L. seq. pro soc. L. prædia, de act. empt.* expressum in *L. rescriptum.* §. 1. *D. de pact.* Nihil ad rem pertinet, quod rebus duabus disiunctim promissis placet electionem esse debitoris. Nam cum stipulor Pamphilum dari, & si non dederis, centum; non stipulor has res duas disiunctim una stipulatione, sed singulas separatim propriis stipulationibus, quarum unaquæque suam vim obtinet. Quæ res facit, ut cum stipulatus sim pure Pamphilum, statim eum mihi debeas, & ego statim possim petere. §. *omnis, Inst. de verb. obl.* Quod si pœnalis stipulatio subiecta non tollit hanc priorem, perspicuum, quæ potestas petendi ex priore stipulatione mea erat, eam etiam post pœnalem stipulationem commissam meam manere, eoque in arbitrio meo esse, ex utra stipulatione & conventione quæ mei iuris est, experiar.

CAP.

L. 4. §. [illegible] de dol. exc. [illegible] Non [illegible] principal[illegible] ex contractu [illegible] versa ab ea [illegible] obligatio pœna [illegible] *L.* [illegible] *Pro soc.* [illegible] *C.* 3. Novat [illegible] per ubi [illegible] *d. L.* [illegible] quæ hoc non probat, sed contract[illegible] Vasq[illegible] 29. n. 5. ita: Cum pœna conventionalis ad[illegible] promissio servetur ad unum effectum inducta [illegible]

[illegible]um. Sed ex verosimili mente [illegible] h[illegible] interpretatio ut alternativa sit [illegible], ac [illegible] vel [illegible] functum pœna præ[illegible] Qua præst[illegible] & novatur [illegible] facti obligatio *L. 14. C. de pact.* [illegible] non nova [illegible] in loco veteri [illegible] sed [illegible] solvitur

CAP. III.

In conventionibus faciendi venire in obligationem id quod interest: Hoc quam recte; Quæ hinc petitio, & condemnatio; a reo quæ solutio.

De eo quod interest in faciendi conventionibus, & eius incertitudine breviter hic auctor differit; & quare. I.
Cum factum promittitur, solum id quod interest, venit in obligationem, ut ex eo agi possit. II.
Contrariis occurritur. III.
Martini interpretis & quorundam recentiorum opinio cum auctoritate, tum ratione revincitur. IV. V. VI.
Duo præ cæteris illius opinionis momenta infirmantur. VII.
Stipulator in faciendi conventionibus tantum id quod interest potest petere, aut facti utilitatem. VIII.
Promissor ante litem contestatam factum præstando liberatur; postea etsi facere velit, non auditur. Quæ differentiæ ratio. IX.

I. Atque hæ caussæ sunt incertitudinis, quæ de re promissa nascatur ex conceptione conventionis. Etiam rei promissæ conditio, ut proposui, interdum incertam promissionem facit. Quod accidit in faciendi conventionibus; in quibus cum factum promittitur, placet tamen deberi aliud, nempe id quod interest, si tamen id recte probamus, de quo mox. Quo posito, rursum alia de re incertitudo nascitur. Nam hoc ipsum, quod interest, quid sit, ubi sit, quid contineat, incertum. Quare res postulat ut de his hoc loco dicatur. Quod faciam brevius, quoniam memini ista a me alibi tractata esse variis locis fusius. Tantum nunc dicam quantum huic loco convenire videbitur.

II. Et quoniam prima hic quæstio est, quid in hoc genere conventionum debeatur, de eo statuatur nobis hoc primum, cum quid fieri promissum est, venire in obligationem id quod interest. Quod sic interpretandum est, ut si de efficaci obligatione quæritur, nunquam aliud in obligationem veniat, quam id quod interest. Sane enim ab initio hactenus in obligatione est factum promissum, ut promissor id faciendo, quod promisit, liberetur: sed nunquam ita, ut peti possit. Nam quandiu perseverat id tempus, intra quod fieri potest, quod promissum est, ex stipulatione faciendi agi omnino non potest. *L. si ita stipulatus*, 14. *L. interdum*, 73. *D. de verb. obl.* Postquam autem id tempus præteriit, ibi quidem obligatio efficax nascitur, ex qua & agi potest. At tum non iam aliud in ea obligatione & petitione versari incipit, quam id [1] quod interest. Quod si probatur, tum intelligetur vere dici, quod supra posui in obligationem faciendi ut quidem agi possit non aliud venire, quam id quod interest. Id quia multis ostendi & ex professo ad *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* nunc paucis agam. Et in quamcumque partem nos vertamus ex his, quæ aut constituunt obligationem, aut efficiuntur ex obligatione, omnia concurrere reperiemus in sententiis veterum, quæ hanc sententiam constanter non tam arguant, quam exprimant. Obligationis faciendi caussa est ipsa faciendi stipulatio & conventio. At de ea ita veteres tradiderunt, in stipulationem faciendi venire; & ne qua dubitatio hic relinquatur, addunt semper venire id quod interest. Prius traditum diserte in *L. si pœnam*, 68. *D. de verb. obl.* posterius in *L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. D. eod.* Ex quo est etiam, quod id quod interest dicitur quantitas stipulationis faciendi in §. *ult. Inst. de verb. obl.* Quid est enim quantitas stipulationis, nisi quantitas, quæ in

1) Consentis Baro *in pr. I. de V. O. & Lib.* 3. *de divid. & individ. obl. C.* 4. Duar. *ad L.* 13 *de re iud.* Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 22. *& DD. com*, teste Ias. *in d. L.* 13. *ref.* Variador. 1. *Rer. quotid. C.* 6. §. 2. *n.* 1. Gœd. *ad L.* 75. *de V. S. n.* 2. sic distinguit: Aut nudum factum, nihil aliud significans quam corporalem effectionem, ut fodere, insulam ædificare, & liberatio ex præstatione eius quod interest. Aut ius continet seu effectum iuris post se relinquit, veluti restitutionem, redditionem; & obligatus præcise cogitur præstare quod promisit *R.* 1. *de act. empt. L.* 68. *de R. V. L. uit de fid. lib.* Idem plenius hanc quæstionem tractat de *Contr. stip. C.* 9. *Concl.* 4. Exceptiones seqq. subiicit Gomez. *d. lo.* (1) Quando factum explicari debet in iudicio. (2) Quando ex legis dispositione obligatus, ut in novi operis nunciatione præcise cogitur demoliri. (3) Ex dispositione testatoris facere iussus. (4) Si accessit iuramentum (quod & probat Fachin. 3. *Contr.* 17. tum ut aliquid operetur, tum quia favore libertatis *L.* 122. §. 2. *de R. I.* ac Reipublicæ *L.* 11. §. *uit. de Leg.* 3. obligatio facti præcisa exemplo & favore religionis) (5) Restitutio in actionibus realibus. (6) Si factum id non concernat commodum pecuniarium: ut profiteri pro certo salario artem aliquam. (7) Traditio in contractu emptionis, &c. add. Io. Bapt. Costa *de Facti scientia & ignor. Inspect.* 33.

in stipulatione continetur? & quæ continetur, nisi quæ in eam deducta est? Vel hoc unum satis erat, ut intelligeremus, quo id quod interest in stipulationem faciendi venit, ideo id ex ea stipulatione dari & præstari oportere, ubi factum non esset, quod promissum est. Id enim debetur & præstandum est ex stipulatione, de quo præstando convenit. *§. huic autem*, vers. *qui igitur*, *Inst. de act.* At ne id anxie requireremus, expressum est alibi a veteribus. Sic enim Ulpianus in *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *de verb. obl.* Celsus libro trigesimo octavo *Digestorum* refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. Pecuniam hic vocant id quod interest: quia id quod interest æstimatur certa pecunia, quæ pecunia deinde eo nomine penditur. Iam illa, quæ ex obligatione efficiuntur, & tanquam effecta caussam suam necessario arguunt, spectemus: quæ sunt, petitio hinc nata, & ex petitione condemnatio. Plane & hæc ipsa in eandem sententiam concurrere videbimus, & quidem definitionibus veterum iis, quibus nihil possit dici clarius. De petitione ita scriptum est in *L. 1. D. de act. emt.* si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur. De condemnatione definitum ita generaliter in *L. si quis ab alio*, 13. in fin. *D. de re iud.* evenire hoc in omnibus faciendi obligationibus, ut qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnetur. Iam autem dixi, pecuniam hanc esse æstimationem eius quod interest. Qui igitur id quod interest, hic peti potest? An non quia debetur? Omnino: solum enim peti potest ex stipulatione, quod inde dari oportet, seu quod inde debetur. *d. §. huic autem*, *Inst. de act.* Neque alia superioris condemnationis significatio est. Nam si condemnationem petitioni institutæ convenientem esse oportet, ut non in aliud condemnetur reus, quam in id, quod petitum & in iudicium deductum est, ut faciendum esse præcipitur in *L. ult. C. de fid. lib.* qui dixit in faciendi obligationibus condemnationem fieri in id quod interest, vi ipsa hoc dicit etiam id quod interest in iudicii petitionem venisse; & quia venit, etiam ex stipulatione debitum fuisse. Quæ cum omnia tam probe inter se consentiant, & in unam eandemque sententiam superiorem velut conspirent: dubitari non debet, quin recte ita definiatur, in faciendi obligationibus ab initio quidem factum in obligatione esse, ut id præstando reus obligatione liberetur. At postquam transiit tempus, intra quod fieri poterat, quod promissum est, exinde solum obligatione contineri, & deberi id quod interest, seu eam pecuniam numeratam, quam eo nomine præstari diximus.

III. Sed hoc loco statim nobis occurritur. Unde enim hic quod interest in obligatione, cum factum promissum sit, non id quod interest; ante autem dixerimus, quod & certi iuris est, in omni conventione de re aliqua præstanda id solum deberi & recte præstari, quod promissum est: quod autem promissum non est, non recte? *d. §. huic autem*, *Institution. de action. L. stipulatio ista*, 38. *§. inter*, *D. de verb. obl. L. qui promisit*, *D. de cond. ind.* Dicendum est etiam secundum hanc regulam in faciendi stipulationibus statui obligationem eius quod interest, qua & hoc ipsum in stipulationem deductum intelligatur. Non promittitur verbis: at promittitur sententia contrahentium. Semper autem etiam in stipulationibus, ac non tantum in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. iur.* Sententia hæc ex fine omnibus factum stipulantibus proposito intelligitur. Nemo factum stipulatur propter factum, id est propter operam, quæ in faciendo adhibetur; sed propter utilitatem & fructum qui ex facto percipitur. Factum enim per se stipulanti inutile est, ut quod statim evanescat semel emissum, eoque nec haberi a quoquam possit. Utilitas facti est id, quod ex facto quæritur, & cuius caussa interponuntur omnes stipulationes, utpote inventæ, ut acquirat quisque quod sua interest. *L. stipulatio ista*, 38. *§. alteri*, *D. de verb. obl.* Ut puta, stipulatur quis insulam ædificari. Quorsum? non utique propter ædificationem, seu ut interponatur solum opera ædificationis: sed ut ex opera consequatur insulam, & ex insula utilitatem insulæ, quam spectavit. Alioqui insulam fieri quivis recte stipularetur non demonstrato loco, ubi fieret, aut demonstrato alieno; quoniam ubicumque ædificaretur, semper eadem esset opera, atque idem factum. Nunc autem ita facta stipulatio non demonstrato loco, aut adiecto alieno, non valet: quia nulla inde utilitas est stipulatori. *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verb. obl. L. 2. §. si quis ita*, *D. de eo quod cert. loc.* Eademque est cæterorum factorum ratio. Huc ergo recte adhibebitur vulgatum illud, Propter quod unaquæque res talis est, & illud magis

gis tale est. Ut amantur viri honesti propter virtutem. Multo ergo magis virtus est amabilis. Sic in hac specie recte ita dixerimus: Stipulator quis factum propter utilitatem facti, multo ergo magis facti utilitatem stipulari intelligitur. Immo vero utilitatem solum, quam si sine facto consequi potuisset, factum non esset stipulatus. Quo circa & illud recte dicetur, in stipulationibus & conventionibus omnibus faciendi etiam ex conventione esse, quod hinc debetur id quod interest, quia est ex sententia contrahentium, & ex eo quod actum est. Proinde & illud in universum recte, id ipsum venire in obligationem, si factum non sit, quod fieri debuit.

IV. Et nemo est, qui dubitet ita esse, si quidem id quod fieri debuit, amplius præstari non potest. Nam pro eo quod non est, nec esse potest, quid aliud præstetur, quam æstimatio facti; ea autem est æstimatio eius quod interest. At quid si promissor adhuc facere possit, quod promisit: an non potius adhuc factum in obligatione est, ut ante, quanvis præterierit id tempus, quo fieri poterat, neque interim factum sit: an non denique potest recte adhuc exigi a promissore, ut faciat, & si recuset iuste cogi potest ad faciendum? Et sententia Martini veteris interpretis fuit, ut est in glossa Accursii ad *L.* 1. *D. de act. empt.* refricata nostra ætate [2] a nonnullis, quandiu fieri potest, quod promissum est tamdiu factum ita deberi, ut & peti possit, & debeat in condemnationem deduci, denique ita ut promissor ad faciendum præcise cogi possit. Sententia nullo certo testimonio, nullo auctore ex veteribus usquam constituta: tantum arrepta primo propter speciem æquitatis, quæ in hac re versari videtur, & maxime ex generali edicto de pactis, quo placet pacta servanda esse. *L. iurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Post deinde aliis in hanc rem temere accersitis & contortis locis defensa. Sed sententia falsa est, & multis locis refellitur non obscure. In quibus colligendis non ero hoc loco longior; quia a me de iure & æquitate totius huius quæstionis scriptum est accuratius ad *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb.* *obl.* Sed tamen ne speciosus error cum multis hic nos teneat, paucis attingam, si prius illud monuero, si quid hic auctoritas interpretum facit, doctissimos veterum interpretum, & eosdem ex omnibus cordatissimos habitos idem & de ea sententia iudicasse, ac contrariam quam volumus quæ & verissima est, probasse; Ioannem dico, Azonem, Hugolinum, & qui ab Accursio commemorantur ad *d. L.* 1. *de act. empt.* Spectentur ergo hic primum iuris auctorum de hac re definitiones: quas falsas esse necesse est, si illa sententia vera est. Sic veteres definiunt, in stipulationem faciendi venire id quod interest. *d. L. si pœnam*, 68. *D. de verb. obl.* Falsum, si aliquando, & ut plurimum non venit. Quinetiam in *L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. D. eod.* Scriptum est in stipulationem faciendi, qualis illic proponitur, non solum venire id quod interest, sed etiam semper venire. Isti contra dicunt non semper venire: nempe tunc cum factum præstari non potest. Generalius & planius ita definiunt veteres: si quis non facit, quod promisit, pecuniam dari oportere; reum in pecuniam numeratam condemnari. *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus. D. de verb. obl. L. si quis ab alio*, §. *ult. D. de re iud.* Bis vitiosa sententia, si quandiu factum præstari potest, id debetur, & condemnatione iudicis extorqueri debet. Primum falsa sententia: quia fieri potest, ut promissor non faciat, atque adeo nolit facere, quanvis possit, si velit: ubi tamen superior sententia pecuniam, & id quod interest admittit. Erit etiam inepta sententia & indigna sano scriptore: in qua scilicet posita sit ea conditio, quæ non debuit, & rem non explicat: ea quæ debuit, & rem explicat, omissa. Nam secundum istorum sententiam ita dici debebat: si id quod fieri debuit, & factum non est, amplius fieri non possit: pecuniam dari oportet. Nisi forte isti putant recte dici, si factum non est, quod debuit, pecuniam dari oportere, & nihilominus verum esse, cum adhuc idem præstari potest, ipsum factum deberi, ut neutrum exigi possit pro arbitrio stipulatoris. Quod defendi non potest. In unius enim rei promissione absurdum est dici duas

2) Diss. namque Cuiac. *ad L.* 72. *de V. O.* Coras. *ibid.* & 2. *Misc.* 3. P. Grangian. *Paradox.* C. 8. Io. del Castillo *Contr. Quotid. de usuf.* C. 13. *n.* 13. & *seq.* Bus. 5. *Subtil.* 12. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 25. *n.* 33. & *seqq.* pluribus præ cæteris id firmans, & obiectis occurrens, cuius tum rationes tum responsiones expendere volupe esset, nisi multa festinationem urgerent, & notatorum horum contractionem, quæ peragenda supersunt, poscerent. Non vero in hac sententia est Pinellus, ut falso eum citat Gœd. *d. Concl.* 4. *n.* 21. nam loquitur de sola venditoris præcisa ad tradendum obligatione. Tantum abest ut receptam sententiam hanc scribat Pinellus, ceu refert Gœddeus, quin omnes qui dissentiunt suæ contrariam opinionem communem fatentur, Vasq. *d. n.* 33. & 1. *Contr. usu freq.* 4. *n.* 7. ubi & ex Bartolo & DD. infert hanc rationem differentiæ. In obligatione facti compulsio esset species quædam servitutis. In dando cessat molestia personalis.

res deberi, non unam. Tum autem hæc sunt contraria, quæ in eandem rem cadere non possunt, factum præcise deberi, & deberi id quod interest. Nam si promissor præcise facere cogitur, debet facere, etiamsi nihil intersit stipulatoris. Quod si debet id quod interest, contra evenit, ut si nihil intersit stipulatoris, omnino non teneatur, nedum præcise facere cogatur. *L. si quis stipulatus*, 112. *§. ult. D. de verb. obl.*

V. Observetur secundo loco hæc ratio, Non potest cogi promissor ad faciendum, postquam præteriit tempus quo promissum fieri poterat, nisi tum id ipsum factum debeat, seu nisi factum sit in obligatione. Non est enim actio, multoque minus exactio, nisi de eo quod debetur, ut est definitio actionis. *Institution. de action.* in princip. At tum factum non debetur, quantumvis res sit in ea caussa, ut fieri adhuc possit, quod promissum est. Non ergo ne tum quidem factum exigi potest, multoque minus ad faciendum promissor cogitur. Nec tum factum deberi, demonstrat *L. si insulam*, 84. *D. de verb. obligat.* hoc modo: Etenim si tum factum debetur, etiam promissor post litem contestatam recte faciet, quod promiserat, & faciendo liberabitur. Certi enim iuris sententia est, si ante rem iudicatam is cum quo actum est, satisfaciat actori, multoque magis si solvat quod debet, eum absolvi debere. *§. ult. D. de perp. & temp. action.* At lite contestata adversus eum, qui insulam ædificare promiserat, scriptum est in *d. L. si insulam*, *de verbor. obl.* nihil prodesse ei ad liberationem, si tum ædificet. Quod apparet de eo scriptum esse, qui etiam ædificare potuit, & voluit. Ergo profecto promissor, ne tum quidem cum facere potuit, id factum debuit, qui alioqui præstando quod debuisset, liberaretur. Quo si non debuit, ne ab illo quidem invito factum exigi potest.

VI. Sed nihil prosint superiores sententiæ veterum & ratio superior, nisi in specie ipsa in facto compluribus in caussis nominatim a veteribus responsum est, etiam tunc, cum promissor facere potest quod promisit, tamen si id non fecerit, nihil venire in obligationem, nisi id quod interest stipulatoris; & si nihil intersit, omnino promissorem non teneri, ne dum cogi possit ad faciendum, quod nolit. Huius generis species tres illustres præter cæteras proferri possunt. Una est hæc in *L. si pœnam, de verb. obl.* Promisisti te mihi pecuniam crediturum, cum peterem. Nemo ignorat, tam facile te pecuniam mihi credere posse, quam solvere pecuniam nomine eius quod interest. Immo vero facilius & minore periculo mutuam dare potes, quam solvere. Nam si mutuam dederis, reddere debeo: si solveris non debeo, *L. qui sic, D. de sol.* Et tamen in hac specie in *d. L. si pœnam*, dicitur nihil amplius venire in stipulationem, quam id quod interest. Ergo etiam tunc venit cum adhuc præstari potest, quod promissum erat. Altera species est, quæ luculentum huius sententiæ argumentum habet, in *L. si ita stipulatus fuero*, 97. *§. 1. D. eod.* Promisisti te mihi soluturum Titii debitoris mei nomine. Constat te tam posse solvere nomine Titii, si is solvendo sit, quam si non sit solvendo. Itaque secundum istorum sententiam, qui volunt promissorem quod facere possit, præcise cogi ut faciat, statim præcise cogi potes, ut mihi solvas, sive Titius debitor meus solvendo erit, sive non erit. Contra quam illic diserte scriptum est, te scilicet, quia promisisti te facturum, non teneri nisi in id quod mea interest. Ideoque si locuples sit Titius, nihil me ex hac stipulatione consequi posse. Tertia species non minus evidens responsum continens, est in *L. 4. C. de act. empt.* ubi ita scriptum est, si procacia venditoris rei venditæ traditio non fiat, iudicem curare debere, ut condemnatio fiat in id quod emptoris interest. Atqui non est 3 procacia venditoris, seu pervicacia, seu contumacia, nisi cum potest tradere, & non tradit. *L. contumacia*, 57. *D. de re iud.* Quare aperte hoc dicitur etiam adversus eum qui tradere potest, nec tradit, condemnationem esse in id quod emptoris interest. Proinde & tunc quoque id agi, ut generaliter alibi definitur, si res vendita non tradatur, agi in id quod interest. *d. L. 1. de act. empt.* Condemnatio enim ut supra diximus, petitionem sequitur. *d. L. ult. C. de fid. lib.*

VII. Multa contra consarcinantur a contrariæ sententiæ defensoribus; sive ius spectes,

3) Sed cum *d. L. 4.* loquatur de venditoris obligatione, quem ad traditionem præcise teneri verius est, vid. *supra*, *Lib. 13. C. 2. N. 1.* dicendum ibi vel *procaciam* procacitatem inhonestam significare (Procari enim poscere est Fest. *Lib. 14.* Vnde procaces meretrices a poscendo Lambin. *ad Horat. 2. Sat. 6.*) ac innui quod avaritia venditricis copia tradendæ rei habita non fuerit, quia forte rem alii vendidit & tradidit. Vel ad utrumque ibi teneri venditorem: ad traditionem ex contractu, ad id quod interest ex contumacia & dolosa mora, quanti videlicet interest maturius emptionem completam, remque suo tempore traditam fuisse, &c.

ctes, sive rei æquitatem. De quibus abunde respondi in commentariis ad *d. L. stipulationes non dividuntur*, verſ. *Celsus de verb. obl.* Et ſunt per ſe fere eiuſmodi, ut quam non pertineant ad obligationes faciendi, aut quam in ſuperiore ſententia nihil immutent, ipſa de ſe non obſcitanti lectori facile indicium faciant. De conventione, quæ tantum in faciendo videtur, iam ante reſpondi. Unum atque alterum attingam, quæ in iure non ſatis exercitatos movere poſſunt. Illud primum, quod obligatio ex faciendi ſtipulatione nata dicitur obligatio faciendi. *L. ſi quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* &, quod idem valet, dicitur in faciendo conſiſtere. *L.* 2. in pr. *D. de verb. obl.* Quomodo faciendi obligatio, nisi hoc ipſum faciendum in obligatione verſatur? quomodo obligatio conſiſtere in faciendo, nisi obligatio hoc continet, ut fiat? Dicendum eſt in ſtipulationem faciendi duas res deduci: verbis factum, ſententia contrahentium id quod intereſt. Factum ab initio, ut proinde tum faciendo quod promiſſum eſt, reus liberetur: hoc non facto, cum poſſet, deduci id quod intereſt, ut ante oſtendi. Ergo ex initio obligationem eſſe appellatam. Adde & ex fine ſummo contrahentium, quibus hoc præcipue propoſitum fuit, ut fieret, quod fieri promiſſum eſt. Sed ea res non prohibet, quominus ex eadem ſtipulatione, ſi factum non ſit quod debuit, committatur ſtipulatio in id quod intereſt, quia & hoc actum eſt, ut ſupra probavimus. Eſt & alterum, quod video præcipuum eſſe firmamentum contrariæ ſententiæ. Id autem eſt, quod traditur in *§. aliæ, Inſt. de don.* in venditione, ubi venditor rem venditam tradere debet, neceſſitatem traditionis incumbere venditori. Id vero movere nos non debet. Quod enim dicitur venditorem neceſſe habere rem tradere, non hanc ſignificationem habet, ut & præciſe cogi poſſit ad tradendum: ſed ut neceſſe habeat cum adiuncto, ſi velit liberari. Alioqui ſemper teneatur. Sed hoc poſito reſtabit adhuc hæc quæſtio, ad quid teneatur, nisi tradat. Dicemus ex certis & notis locis, teneri eum in id quod intereſt. Multis hoc demonſtravi in commentariis, ideo nunc ſuperſedebo pluribus. Unus nunc locus pro ea interpretatione abunde ſufficiet, quam & illic indicavi. *L. contractus*, illic, *adeo ut*, *C. de fid. inſt.* ubi Iuſtinianus idem, qui utriuſque loci auctor eſt, eandem ſententiam de traditione rei venditæ repetens nominatim ſcribit, pretio ſtatuto neceſſitatem venditori imponi vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris intereſt ei perſolvere. Eadem opera indicans neceſſitatem traditionis, quam alibi nominat, intelligere ſe neceſſitatem non abſolutam, ſed cum adiuncto. Et ſimul disiunctionem hic ſtatuens, quæ ſecundum regulam perpetuam iuris declarat electionem in hac re eſſe debitoris, eiuſdemque venditoris, ut proximo capite oſtendimus in disiunctivis obligationibus.

VIII. Ex his intelligimus, quid ſtipulator in hoc genere conventionum petere poſſit, & quid poſſit promiſſor ſolvere. Si debetur id quod intereſt: non ſolum recte in id aget ſtipulator, ſed etiam in id ſolum, ſi recte actionem, & quæ adverſus invitum procedat, inſtituere volet. Non eſt enim actio, nisi de eo quod debetur. *Inſt. de act.* in princ. Quid tamen, ſi iudicio ita agat, ut petat adhuc ſibi fieri, quod promiſſum eſt? Non male aget: dum tamen ſciamus in ipſa hac petitione nihil aliud contineri, quam facti utilitatem, ut ſi non faciat, reus, non cogatur facere, nec alia ſit condemnatio adverſus eum, quam in id quod intereſt. Sic legimus alicubi agi poſſe ex vendito cum emptore, ut ædificet quid in area vendita, & ut ædificatum mihi retradat, ſi quid ita in vendendo convenerit. *L. tenetur*, 6. *§.* 1. *D. de act. emp.* Sed & hoc ita explicatur in *L. ex empto*, 15. *§. idem ait*, *D. eod.* Nam cum prius relatum eſſet ex Neratio, ex empto actionem eſſe, ut tradatur ei poſſeſſio: ſubiicitur continenter. *Idem ait, non tradentem quanti interſit condemnari.* Ut appareat etiam ſub appellatione facti volente reo nihil aliud deduci, quam facti utilitatem, id eſt id quod actoris intereſt. Vice verſa ſi promiſſor ex hoc genere debet id quod intereſt, & id in obligatione verſatur: ſequitur, ut id offerendo ſatisfaciat obligationi, & ſolvendo liberetur: quando ita ius eſt, ut ſolutione eius quod debetur, tollatur omnis obligatio. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* in princ.

IX. Sed & hoc conſequens eſſe videbatur, promiſſorem facti, poſtquam præteriit tempus, quo facere poterat, ut ſolvere poteſt ſuo iure id quod intereſt, quia debuit: ita hac ipſa de cauſſa aliud ſolvere non poſſe invito creditore; & ſi paratus ſit facere quod promiſerat, non eſſe audiendum: quia rurſum ita ius eſt, invito creditore aliud pro alio ſolvi non poſſe. *L.* 2. *§.* 1. *D. ſi cert. pet.* Quod tamen in univerſum non placuit: ſed de eo hæc diſtinctio eſt, ut ſi promiſſor ante

litem contestatam facere velit, quod prius omiserat, audiendus sit, & faciendo liberetur. Si post litem contestatam idem offerat, & faciat; nihil ei prosit ad liberationem eius, quod interest stipulatoris factum esse, quod suo tempore debuit. Distinctio diserte tradita in *L. si insulam*, 84. *de verbor. oblig.* Cur hæc tam varie? Cur enim non idem placet ante litem contestatam, quod postea; si id quod interest in obligatione est: aut si hæc obligatio faciendi potestatem ante non impedit, cur impedit post litem contestatam? Habent ista hanc rationem. Etsi enim etiam ante litem contestatam vere id quod interest, in obligatione est, ut non ultra promissor teneatur, factum autem non est in obligatione: tamen ideo promissor interim faciendo liberatur, quia ab initio faciendi potestatem accepit ex stipulatione. Hanc potestatem amittit ille quidem summo iure mora sua, dum intra tempus constitutum non fecit, quod debuit, obligatione in præstationem eius quod interest, translata. Sed moram purgare potest ex æquo & bono, ut quod mora amiserat, recipiat moræ purgatione. *L. si servum*, 91. *§. sequitur*, *D. de verb. oblig.* Quo casu non oberit ei, quod dicitur aliud pro alio invito creditore solvi non posse, Hoc enim tunc locum non habet, cum promissor facultatem aliud solvendi ex conventione ab initio accepit. Nam & alii invito creditore solvi non posse constat, Si tamen stipulatus sim a te mihi aut Titio dari, quanvis prohibeam te postea Titio solvere, solvendo tamen ei liberaberis: quia scilicet in his certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator. Hoc in *L. vero*, 12. in fin. pr. *D. de solut.* Sed quam facultatem faciendi, & purgandæ moræ habuit promissor ante litem contestatam, hanc lite contestata amittit. Eo fit, ut cum iam solum debeatur id quod interest, & debeatur sine exceptione; non liberetur promissor faciendo: quia aliud pro alio non solvat, quod ei ex conventione facere non licet. Hoc autem ideo accidit, quia iudicio accipiendo & litis contestatione nova contrahitur obligatio iudicati, eaque pura & sine exceptione, ut deinceps præstetur id, quod iudicio petitur, *L.* 3. *§. idem scribit*, *D. de pecul.* Id autem est in hac caussa id quod interest; de quo & obligatio iudicati contrahitur sine ulla facultate alterius rei solvendæ. Hanc actionem semel ita quæsitam creditori promissor postea aliud solvendo auferre non potest. *L. ult. D. de pact.*

C A P. IV.

Quid sit id quod interest; Eius unum genus esse, non plura, ut vulgo erratur: Quæ ex eo incertitudo: Quomodo hæc vitetur pœnæ stipulatione subiecta: Quæ fuerint de eo quod interest dubitationes veterum, & Unde earum decisio petenda.

Illud quod interest, quid sit. Explicatur definitio. I. II.
Eius quod interest unum genus, non plura. Triplex eius partitio improbata. III.
Item incertitudo duplex, & quæ; & unde nascatur. IV.
Utrique occurritur, adiecta pœnæ stipulatione. V.
Pœnæ stipulatio quomodo sit concipienda, ubi doceatur. VI.
Ea in faciendi obligationibus adiecta, manet tamen actio ad id quod interest; & alterutra licet experiri. VII.
Quo in loco de omni eo quod interest, copiose disserat auctor. VIII.

I. Constituta hac conditione obligationem faciendi, ut nihil hic veniat in obligationem, nisi id quod interest: res hac redit, ut quærendum sit in omnibus, quid sit id quod interest; quod creditor petere, & expectare solum debeat, si debitor velit, & quod promissor possit solvere. Id ita definitur in *L. si commissa*, *D. rem rat. hab.* quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. Quod nobis abest, nempe de nostro; id est quod amisimus, cum prius haberemus. Quod lucrari potuimus, sic accipe, neque lucrati sumus, ut multis exemplis explicatur, in *L. ait lex*, 21. in fin. & *LL. duabus seqq. D. ad leg. Aquil.* Adde utriusque partis exempla ex *L. Iulianus*, 13. in pr. & *§.* 1. *L. Titius*, 43. in fin. & *LL. seqq. D. de act. empt.* *L.* 2. *§. ult. D. de eo quod cert. loc.* Itaque non male ac-

le Accursius, & qui illum secuti sunt ad *L. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* id quod interest ita definierunt, damnum emergens, & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod debuit. Certe his verbis eadem illa expresserunt, quæ esse diximus in *L. si commissa, D. rem rat. hab.* Sed utrumque cautione indiget; ne quis verba captando utrumque falsum esse cavilletur. Nam proprie id quod Interest nostra, non est id quod nobis abest, quatenus abest; non est id quod lucrari potuimus, neque lucrati sumus, quatenus id lucrum ad nos non pervenit. Non est denique id quod interest, damnum, aut lucrum amissum, quatenus in eo nihil nisi damnum & amissionem spectamus. Quinimo hæc potius sunt contraria. Scimus enim id quod interest nostra, dici id quod nobis utile est; ut cum dicuntur stipulationes inventæ, ut acquirat sibi quisque quod sua interest. *L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Constat hoc dici, ut unusquisque acquirat, quod sibi utile commodumque est. Unde in usu iuris veteribus id quod interest cuiusque, passim nominatur eius utilitas. *L.* 2. in pr. & §. *ult. D. de eo quod cert. loc. L. penult. D. si quis caut. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *D. de actio. empt.* Sed definitio sic accipienda est, ut id quod interest, sit id quod habuimus, nunc nobis abest; id quod lucrari potuimus, quo deinde excidimus. Itaque non est id quod nobis abest, quatenus abest; sed quatenus prius habuimus, unde factum sit, ut id amitteremus; non lucrum quatenus id factum non est, sed quatenus facere potuimus, neque fecimus. Hoc autem, habuisse aliquid, & lucrari potuisse, utrumque nobis utile, ideo id quod nostra interest. Sed dicitur id quod abest, & quod amisimus, quia nunquam prius istius utilitatis petitioni locus est, quam ea utilitas nobis amissa fuerit. Ut dicendum sit hic agi non simpliciter in id quod nobis abest, sed in id ut habeamus, & consequamur id quod nobis abest. Hoc autem habere utile; & id ipsum est, quod ab initio nobis utile esse dicebamus.

II. Sed & hoc ipsum quod dicitur agi in id quod interest, ut sit agi in id quod habere potuimus, & nobis amissum est; non recte dicitur, si quis verba iuris cavillari velit. Quod enim semel amissum est, non potest reddi ipsum, sed necesse est pro eo præstari aliud. Quid ergo est? Nempe hoc sentiunt iuris auctores æstimari id quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, ut sic præstetur eius rei æstimatio, seu æstimatio eius quod interest. Et quidem ita loquitur Alexandri rescriptum in *L. unica C. ubi conveniat. qui cert. loc. dar. promis.* Unde rursum factum est in iis obligationibus, in quibus versatur id quod interest, pro his verbis, id quod interest, nominetur alibi a veteribus pecunia; ut cum dicunt, si quis non facit, quod promisit, pecuniam dari oportere; reum in pecuniam numeratam condemnari. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl L. si quis ab alio.* in fin. *D. de re iud* ubi omnes pecuniam dari intelligant id quod interest: idque ita declaratur in *d. L. si quis ab alio*, in pr. sed id quod interest æstimatum, idest eius æstimationem, quæ fit in pecunia numerata. Qua ratione etiam apud Iustinianum id quod interest in faciendi stipulationibus dicitur quantitas stipulationis; ut sit quantitas, quæ continetur huiusmodi stipulationibus ut ante dixi; quantitas quæ in hoc genere in obligationem venit, §. *ult. Inst. de verb. obl.*

III. Et hæc quidem una & certa definitio est eius, quod interest, si modo huius unum genus est, non plura. In quo nos vulgares interpretes impediunt, qui eius quod interest, tria genera faciunt, singulare, commune, conventum. Singulare vocant, cum quod abest, æstimatur ex effectu privati actoris. Commune, cum æstimatur, quanti res est communiter. Conventum appellant pœnam promissam eius quod interest nomine. Quæ si genera admittimus, non sane in universum recte definimus id quod interest, id quod abest: quoniam neque ad singulare illud, neque ad pœnam promissam definitio pertinet. Non enim si res pluris a nobis æstimatur quam est re vera, ideo pluris est. *L.* 1. *D. de in lit. iur.* Neque vero amplius nobis in re abesse intelligitur, quam quatenus valet. Pœna vero etiam tunc præstatur, cum nobis nihil abest. *d. L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *de verb. oblig.* Sed nihil minus verum est, quam hæc duo esse genera eius quod interest, ut pluribus ostendi in *lib. de eo quod interest*, *C.* 3. Nam si id quod interest æstimandum est, nunquam alia recipitur rei æstimatio, quam ut æstimetur, quanti omnibus valet. Placet denique pretia rerum non ex affectione aut utilitate singulorum, sed communiter fungi. *L. si servum*, *D. ad leg. Aquil. L. pretia. D. ad leg. Falc.* Pœnam autem promissam non esse id quod interest, ex eo liquet, quod pœna tunc maxime adiici solet, cum nostra pecuniariter nihil interest, aut cum id probari

non

non poteſt. *d. L. ſtipulatio iſta*, *§. alteri*, *de verb. obl.* Quod ſi hæc genera removemus, neceſſe eſt unum illud manere, quod definivimvs, nempe id quod habituri fueramus, & nunc nobis abeſt, æſtimaturque non ex affectione ſingulorum, ſed ex vero, ideſt quanti res omnibus communiter valet.

IV. Ex hac definitione licet animadvertere, quodnam ſit incommodum illud, de quo in hoc genere tam diligenter multis locis præceptum legimus: incommodum, inquam, ſtipulatorum & creditorum in faciendi obligationibus, ſi nihil aliud ſibi caveant, quam aliquid fieri: cui ideo pœnæ ſtipulatione ſubiecta occurrendum eſſe monent veteres. Id incommodum eſt incertitudo ſtipulationis, quæ ex eo quod intereſt, naſcitur, ut eſt ſuperior definitio eius quod intereſt. Hæc incertitudo ex definitione duplex eſt. Una in quantitate ſtipulationis: altera in eius quantitatis probatione. Quod utrumque incommodum breviter & commode notavit Iuſtinianus in *§. ult. Inſt. de verb. obl.* de faciendi obligationibus loquens his verbis: ***optimum erit pœnam ſubiicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quod eius interſit.*** Quantitas ſtipulationis ideo hic incerta, quia an aliquid huic debeatur, & quantum, pendet ex eventu incerto. Pendet enim ex eo, ſi quid nobis abeſt, & ſi quid lucrari potuimus, nec lucrati ſumus. Hoc autem ab initio incertum, ſitne aliquid abfuturum nobis, & quatenus abfuturum. Et vero fieri poteſt, ut quanvis factum non ſit, quod promiſſum eſt, tamen nihil eo nomine nobis abſit poſtea; aut ſi quid, alias plus abſit, alias minus. Ita etiam eveniet, ut aut nihil interſit noſtra, aut alias interſit pluris, alias minoris, atque hactenus ſolum ex hoc genere futura ſit actio, aut nulla. *L. ſi quis ab alio*, in pr. *D. de re iud. L. ſi quis ſtipulatus*, 112. *§. ult. D. de verb. obl.* In probatione quantitatis incertitudo hæc eſt, quod etiamſi quid nobis abſit revera, quod habere, aut lucrari potuerimus: tamen non prius id conſequemur, quam probaverimus hactenus abeſſe, ut dicimus. Non enim ſufficit in iudicio aliquid dicere; ſed ſi negetur, probari oportet. *L.* 2. *D. de prob.* Ideo agenti ex faciendi ſtipulationibus neceſſe eſſe ait Iuſtinianus probare quod eius intereſt, ut ſupra retulimus ex *§. ult. de verb. obl.* Atqui difficilis eſſe ſolet huius rei probatio, unde & probatione deficiente ſæpe id quod etiam vere intereſt, ad exiguam ſummam deducitur, ut eſt in *L. ult. D. de præt. ſtipu.* Neque enim ſunt ſemper nobis parati teſtes, qui viderint, quid amittere, aut lucrari potuerimus: aut ſi erunt, non tamen ii erunt, qui poſſunt iſta recte æſtimare. Unde ergo hæ incertitudines, atque in his hæc incommoda, quæ iure explicari non poſſint? Ex facto videlicet, in quo id quod intereſt poſitum eſſe diximus, id quale futurum ſit, aut etiam cum inciderit, quodnam ſit, nulla iuris conſtitutione definiri poteſt. Idque eſt quod indicatur regula iuris, Quatenus cuiuſque interſit, in facto, non iure conſiſtit. *L. quatenus*, *D. de regul. iur.* Cur conſiſtit in facto? iam dixi, quia conſiſtit in eo, quod amiſſum ſit de eo quod habuimus, aut lucrari potuimus. Quod totum facti eſt. Cur non conſiſtit in iure? quia dicuntur iuris eſſe, & quod idem eſt, in iure conſiſtere, quæ certo iure aut conſtant, aut decidi poſſunt. Quo in numero non ſunt ea quæ ſunt facti. Hoc ſic explicatur in *L. mora*. *D. de uſur.*

V. Adverſus hæc incommoda (proponuntur enim, non ut in his conſiſtamus, ſed ut diſcamus vitare) hæc veterum cautio eſt, ut quiſquis utiliter fieri quid, ſtipulari aut paciſci vult, ſubiiciat pœnam, id eſt certam pecuniæ quantitatem, quam ſtipuletur, ſi factum non ſit id de quo convenit. *d. §. ult. Inſt. de verbor. obl.* Rectum, & conveniens rei propoſitæ conſilium: quo ſcilicet vitantur certo incommoda ſuperiora duo. Nam pœnæ quantitas ſemper certa eſt: ut, navem facies: ſi non feceris, centum dabis. *d §. ult.* Neque hic ulla extrinſecus incertitudo metuenda eſt ex eo, quod forte dicatur ſtipulatoris pœnam petentis nihil intereſſe, aut non tanti, quantum pœna efficit; In pœna enim, inquit Ulpianus, non ſpectatur, an eius interſit fieri id, de quo prius comprehenſum erat: ſed quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis. *L. ſtipulatio iſta*, *§. alteri*, *D. de verb. obl.* Quæ ſit quantitas: ut hæc præſtetur videlicet, quantacumque promiſſa eſt, iuxta ſtipulationem. Quæ ſit conditio: ut hac exſiſtente committatur ſtipulatio pœnæ, nec quidquam deſideretur amplius, ſicut accidit in omnibus ſtipulationibus ſub conditione conceptis. *§. ſub conditione*, *Inſt. de verb. obl. L. a Titio*, 108. *D. eod.* Atqui hæc erat conditio ſtipulationis pœnalis, non ſi intereſſet ſtipulatoris, ſed ſi promiſſor non feciſſet id, de quo cautum eſt. Sit igitur, hac exſiſtente, commiſſa pœna, etiamſi ſtipulatoris nihil interſit. Ita ſemper certam pœnæ quantitatem manere

nere

nere necesse est, quæ nulla habita ratione eius quod interest, tanta præstatur, quanta comprehensa est stipulatione: ac verbis stipulationis semper pœnæ quantitas certa. Ut autem ipsa pœnæ quantitas certa; ita & certa probatio. Nam simul atque de stipulatione constabit, etiam constabit de pœna, quæ stipulatione continetur.

VI. Hoc consilio posito de pœna subiicienda in faciendi obligationibus, quæri cœpit de pœnæ conceptione: quam scilicet commode pro unoquoque genere factorum, quæ in stipulatum deducta sunt, concipere possimus pœnæ stipulationem, quoniam alias stipulamur, ut quid fiat; alias ne quid fiat. Quibus stipulationibus subiecta pœnæ stipulatio, haud dubie aliam atque aliam conditionem contrariam desiderat. Id autem declaratur in *d. §. ult. Inst. de verb. obl. L. continuus*, 137. *§. pen. D. eod.*

VII. Sed cautio hæc de pœna adiicienda in faciendi obligationibus, consilium est tantum comparatum ad superiores incommoditates vitandas, prout quisque sibi ex usu esse putaverit. Quod non facit, quominus & non pœna debeatur id quod interest in hoc genere. Ac sæpe non adiicitur pœna, quia non est necesse. Sed & cum adiicitur, nihilominus ex faciendi conventione manet obligatio & actio in id quod interest; ut utra via uti velit stipulator, possit, uti supra ostendimus. Et potest accidere, ut utilius sit petere id quod interest, quam pœnam; quia plus sit in eo quod interest, & possit id non difficile probari ab actore. Quapropter sive pœna hic adiicitur, sive non adiicitur, semper de iure suo quærenti huic quæstioni locus erit, quid sit id quod interest. Ac quid sit, breviter diximus.

VIII. Sed nondum res expedita, ut sciri possit, quid plane sit, & quatenus progrediatur id quod interest. Hæc enim tria quæsita sunt, quas Iustinianus dubitationes antiquas de eo quod interest nominat in *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Primum, an in eo quod interest, æstimando, etiam lucri non facti ratio habenda sit, ac non tantum damni accepti, ut definitio significat. Alterum, an quodcumque vel damnum erit, vel lucrum non factum, id ita æstimandum sit, ut nihil intersit, sitne circa rem, an extra rem quam præstari oportuit. Tertium, an si id quod nobis abest, longe eius rei, quæ principaliter in conventionem deducta est, æstimationem superet etiam ultra triplum aut quadruplum, nihilominus id præstandum sit. Et hoc argumentum est *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* ut & omnis quæstio de appellatione, definitione, & divisione eius quod interest. Quod argumentum cum diligenter persecuti sumus in *libro, de eo quod interest*, illinc assumi iubebo, quæ ad hunc locum faciant. Eo monitore si quis uti volet, spero, in universa hac quæstione non erraverit, & de ea quod volet, quod quidem ad rem & ius propositum pertineat, facile adhibita mediocri attentione consequetur.

C A P. V.

Quantum in quaque conventione ex ipsa conventione debeatur: Et de pluribus eiusdem pecuniæ tum promissoribus, tum stipulatoribus.

Quantum ex conventione quaque debeatur, quando incidat quæstio. I.
Cum plures eamdem rem vel summam promittunt, singuli partem debent. II.
Nisi tamen duo sint ex iure veteri rei promittendi. Quid novi de horum obligatione Iustinianus. III.
Plures eiusdem obligationis fideiussores: mandatores solidum singuli debent, & de eo tenentur, nisi utantur Hadriani beneficio. IV.
Item reus principalis, & illius fideiussor. V.
Sed inter utrumque inducta a Iustiniano conveniendi prærogativa. VI.
Inter plures eiusdem rei stipulatores, non tamen stipulandi reos obligatio dividitur. VII.
De obligatione dividenda inter plures stipulatoris, aut promissoris heredes quo loco tractaverit auctor. VIII.

I. UT in conventione spectandum est, quid debeatur, ut id præstetur, de quo diximus: ita & illud, quantum debeatur. Quæstio supervacua, cum unus est tantum debitor, unus creditor. Nam quod unus solus promittit, uti promissum debet, ita debet solidum: & cum uni tantum promittitur, uti soli promittitur, ita & ei solidum debetur; ut qui hic promissum noverit, idem quantum sit promis-

missum, noverit. Tunc superiori quæstioni locus est, cum duo sunt pluresve eiusdem rei promissores, aut plures eiusdem rei stipulatores: in quibus quæritur, an ex pluribus qui promiserunt, singuli solidum debeant, quantum in conventionem deductum est, an vero partem tantum, & quotam: & viceversa cum pluribus quid promissum est, utrum solidum debeatur singulis, an pars dumtaxat, & quota. Et ut plures eiusdem rei promissores partem tantum debeant, divisio obligationis, si qua inter eos recipitur, facit. De qua varie statuitur pro genere promissorum; atque horum qui eamdem rem promittant, tria genera sunt. Quidam enim sunt principales promissores eiusdem rei: quidam principalis obligationis accessiones: quidam misti, ut unus sit reus principalis, alter fideiussor, aut alterius generis accessio, puta mandator, aut qui eamdem pecuniam constituit.

II. Cum plures eamdem sive summam, sive rem stipulanti principaliter simul promittunt, ut, si stipulanti Mævio centum aureos, aut fundum a Primo & Secundo, hi se promittere respondeant: ambos ex sua promissione obligari constat. Quatenus igitur? Placet non in solidum, sed dividi inter eos obligationem, idque pro numero personarum, ut intelligamus partem tantum singulos debere, & partes hic fieri æquas seu viriles. *L. reos*, §. 1. *D. de duob. reis*. Personarum enumeratio id facit, quæ ut dividit personas, ita & summam in commune his attributam. *L. si heredes*, 124. *D. de legat.* 1. *L. cui fundus*, 56. *D. de cond. & demonstr.*

III. Excepti olim duo promittendi rei, quos placebat in solidum singulos obligari. *d. L. reos*, in fin. *de duob. rei*. §. *pen. Inst. eod.* & quidem ita, ut nec prohiberetur creditor exigere debitum, a quo vellet. *L. creditor*, *C. eod.* Hodie de divisione obligationis inter istos ita ius est ex constitutione Iustiniani, ut nec si sint duo rei promittendi, aliter teneantur, quam pro parte, nisi nominatim convenerit, ut singuli in solidum teneantur. Sed & hac ipsa conventione interposita, cavit Iustinianus, ut eadem esset inter istos divisio, si ambo præsentes essent, & ambo solvendo. Tunc autem demum secundum conventionem possent singuli in solidum conveniri, cum aut alter aberit, aut alter solvendo non erit. *Auth. hoc ita*, *C. de duob. reis*. Sumptum ex *Novell.* 99. *de reis prom.*

IV. Quod si plures sint principalis obligationis accessiones; puta plures fideiussores, plures mandatores, plures pecuniæ constitutæ rei, aut hi misti inter se: in his omnibus si verba sequimur, promissio eorum facit, ut singuli solidum debeant, & in solidum singuli conveniri possint. Solidum enim singuli & separatim promittunt. Et ita quoque ius vetus est, ut teneantur, sed intervenit beneficium epistolæ Divi Hadriani quo placuit, si tempore litis cum uno ex fideiussoribus contestatæ omnes solvendo sint, dividi inter omnes obligationem, non ipso iure, sed per exceptionem. Quod si quis eorum eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerari. §. *si plures*, *Inst. de fid. L. inter*, 26. & seqq. *D. eod.* In hoc iure nihil Iustinianus immutavit. Quamobrem & manere intelligendum est.

V. Quod si ex duobus unus erit reus principalis, alter fideiussor, aut alterius generis accessio, hic quoque conventio indicat id agi, ut singuli in solidum teneantur. Atque hoc modo teneri eos placuit sine uno beneficio divisionis. Quod quidem in hac specie induci esset iniquissimum. Nam Fideiussores aperte dari solent, non ut quidquam decedat de principalis rei obligatione, sed ut ei accedat aliquid, & quidem tale, non quo obligatio prior infringatur, sed quo magis confirmetur. *L.* 4. §. *si ex conventione*, *D. de re iud.* fideiussor autem quid aliud quam universam rei obligationem, pro qua spondet in se suscipit? *Inst. de fid.* in pr. *L. quæro*, 54. *D. loc.* Hac obligatione semel suscepta, deinceps onus eius invito creditore recusare non potest. *L. procurator qui pro evictione*, 67. *D. de proc. L. sicut*. *C. de obl. & act.* Itaque nihil hic Iustinianus immutavit.

VI. Illud in hac specie mutavit, quod sequitur. Nam sic de reo & fideiussore ita ius antiquum fuit ante Iustinianum, ut cum isti in solidum singuli tenerentur, nec de uno ante alium conveniendo quidquam cautum esset: liceret creditori utrum ex his vellet, eligere, quem prius conveniret, liberum ut ei esset vel prius convenire fideiussorem. *L.* 3. *L. reos*. *C. de fid.* Iustinianus hic prærogativam conveniendi induxit, & constituit, ne prius perveniretur ad fideiussorem, quam conventus esset reus principalis, & facultatibus eius discussis compertum, eum non esse solvendo? Quod si reus principalis absit, voluit, fideiussori convento, & desideranti spatium ad reum evocandum, hoc illi concedi, ea lege, ut nisi intra id tempus reus veniat, aut cum venerit, reperiatur non solvendo, tunc fideiussor in id quod deest

deest ad solutionem, secure conveniatur.

VII. Si plures eiusdem rei stipulatores erunt, nisi sint duo rei stipulandi, etiam in his enumeratio personarum hoc efficit, ut divisa inter eos obligatione singulis pars tantum, & ea virilis debeatur, cuius & solius singulis sit petitio. Quod si duo rei stipulandi erunt, quanvis nominatim non convenerit, ut singulis solidum deberetur, debebitur tamen solidum singulis, & singuli in solidum agent. *d. L. reos, §. 1. L. 2. D. de duob. reis. Inst. eod.* Nihil hic Iustinianus immutasse legitur. Proinde & hic ius antiquum erit. Qui sint duo rei tum stipulandi, tum promittendi, & quod ius in universum de horum obligatione, scripsimus ex professo, idque adhibita quantum licuit methodi luce ad Tit. *C. de duo. reis.* Unde si quid huc amplius facere videbitur, sumere licebit.

VIII. Nihil nunc dico de pluribus heredibus stipulatoris aut promissoris, non quod non inter hos quoque dividatur obligatio, ut divisa minorem efficiat quantitatem illic petitionis, hic præstationis: sed quia hæc quæstio ad hunc locum non pertinet. Nunc enim agimus de conventione, quærimusque quid ea efficiat in solidi aut partis præstatione. Heredes autem quidquid iure hereditario debent, non debent ex conventione, sed ideo, quia hereditas æri alieno eos obstringit, æque obstrictos futuros, etsi defunctus quid debuerit ex quasi contractu, aut ex delicto. Unde & inter eos dividitur obligatio non pro virilibus portionibus, ut solet fieri, cum ex numero personarum obligatio dividitur, sed pro hereditariis. Denique hoc unum est ex oneribus & incommodis hereditariis. Ideo ad suum genus remittendum est. De quo pro loco satis diximus *supra Lib. 7. Cap. 11.*

CAP. VI.

De dividuis & individuis tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis & compendiosa, nec minus huic loco accommodata tractatio.

Rerum nexus. I.
Stipulationes & obligationes dividuæ, aut individuæ quo alio in loco tractatæ. Opportuna earum compendio hic habita expositio. II.
Tales sunt ex rebus in obligationem deductis. Res hic aliud, ac facta, & sunt corporales, aut incorporales. III.
Corporales divisionem partium omnes recipiunt. Indivisæ partes quæ; & quæ harum utilitas. IV.
Incorporales etiam: sed ex his servitutes usufructu excepto individuæ. V.
Individua re, via e. c. promissa singuli promissores solidam debent, & stipulatores singuli solidam recte petunt, eorumque heredes. VI.
Quæstionis huius explicationem quare in personis heredum auctor effingat. VII.
Si ab uno ex promissoris heredibus solida via petatur, nec præstetur ab omnibus: adversus hunc solidi est condemnatio. Uni ex stipulatoris heredibus petenti condemnatur promissor pro iure agentis dumtaxat. VIII.
Differentiæ ratio. IX.
Facta omnia, quæ in eo sunt ut quid fiat, divisionem non recipiunt. X.
Stipulationes quæ in faciendo consistunt, partim dividuæ, partim individuæ. XI.
Individuæ, si factum præstetur. XII.
Dividuæ si facti æstimatio. XIII.
Facta, quæ in eo sunt, ne quid fiat, etiam genere facti pro parte dividua esse, & pro parte individua: utraque quæ sint, explicatur. XIV.
Stipulatio ne quid fiat, individua, quatenus facti est: dividua, si commissa facti æstimationem petat. De eius divisione veteres statuere tria. XV.
1. *Si contra factum sit ab uno ex promissoris heredibus stipulationem committi in solidum.* XVI.
2. *Et quidem adversus omnes.* XVII.
3. *Sed ita tamen, ut pro hereditariis portionibus committatur; & quomodo.* XVIII.
Heredes stipulatoris agere posse dumtaxat in id, quod cuiusque interest, etiam si fuerit pœna commissa. Hoc quale sit. XIX.
Quatenus heres teneatur qui contra factum dividuum fecit. XX.
Tria stipulationum genera ex conventione divisionem non recipere. XXI.
Ideo & in stipulatione sive hominis in genere; seu Stichi, aut Pamphili

phili promissor, vel ex heredibus unus non partis, sed integri hominis solutione liberatur. XXII.
Itemque in stipulatione sortis, & usurarum, sorte integra non soluta, pœna committitur in solidum adversus heredum singulos. XXIII.
In stipulatione rei natura vel conventione dividuæ ex pluribus promissoribus & stipulatoribus singuli partem dumtaxat aut debent, aut petunt. XXIV.
Pars autem illa virilis. XXV.
Pluribus numero rebus in obligationem deductis, quomodo dividendæ res illæ inter creditores & debitores, an numero; an corpore. XXVI.

I. SEd quidquid hic de divisione stipulationis dicimus, sive ea divisio constituitur inter primos reos plures, de quibus nunc agimus, sive inter unius promissoris, aut stipulatoris plures heredes, de quorum obligatione eo loco diximus, quem modo indicavi: totum ita est, si obligatio, seu res in obligationem deducta divisionem recipiat. Quod si non recipit, natura rei conventione aut numero personarum mutari non potest. Eo fit, ut individua manente stipulatione & a singulis ex debitoribus solidum debeatur, a quibus & peti possit; & singulis ex creditoribus debeatur solidum, quod & singuli recte petant, de quo paulo post. Hinc quæstio hoc loco tractatu necessaria, eademque pariter & ad primos reos plures, & ad plures heredes pertinens.

II. Quæ stipulationes obligationesve dividantur, quæ non dividantur; & quod idem est, quæ stipulationes divisionem, seu partis præstationem recipiant, quæ non recipiant. Locus tractatus in *L.* 2. *§.* 1. & deinceps usq. ad *L.* 5. *item L.* 5. *§. ult. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *L. in executione*, 85. *D. de verb. obl.* Quibus in locis de hac parte diligenter antea scripsimus in commentariis ad eum titulum: sed sparsim, prout scilicet cuiusque loci, ad quem scribebamus, sententia exigere videbatur. Item & fusius, dum id agimus, ut in quæstione difficili & parum ante exposita veras sententias erueremus, erutas idoneis argumentis adversus incurrentes dubitationes confirmaremus. Utraque res me movit, ut vellem quæ sparsim illic a nobis scripta sunt, in unum velut corpus contrahere, ac proponere hoc loco quæ tanquam sub uno aspectu exstaret; simul & disputata plenius, hic quoque quantum res feret, in pauca conferre; ut pariter utroque modo lectoris prudentiæ & memoriæ consulatur.

III. Omnis stipulatio, aliaque obligatio omnis non dividitur, quæ est earum rerum, quæ divisionem non recipiunt. Res ita definita in *d. L. stipulationes non*, 72. *D. de verb. obl.* ut intelligamus dividuitatem, ut ita loquar, aut individuitatem ex rebus in obligationem deductis pendere. Res promissa divisionem non recipit partim natura, partim constitutione ipsa promissionis, totidemque modis accidit, ut non recipiat stipulatio divisionem. Res omnes aut sunt res, quæ specialiter ita dicuntur, aut facta. *§. ult. Inst. de verb. obl.* Res hic vocamus in usu iuris, quæ dari debent: facta quæcumque præterea debent præstari. Unde eadem sententia stipulationes rerum in dando, factorum in faciendo consistere dicuntur. *L.* 2. in pr. *D. de verb. obl.* Res partim corporales. ut fundus, homo, equus, vestis: partim incorporales, ut hereditas, obligatio, servitutes. *Inst. de reb. corp. & incorp.*

IV. Corporales res recipiunt omnes natura sua divisionem, non tantum inanimatæ: quarum alioqui sine interitu rei nulla in partes discretas divisio est. Itaque etiam Stichus, & quodcumque aliud animal promissum nostris divisionem recipit, ut si Stichus debeatur a pluribus, singuli partem debeant, & partem solvendo liberentur. *L. stipulatus*, 9. *§.* 1. *D. de sol.* Sed partes hic intelligere debemus non divisas corporibus, sed indivisas: quales sunt partes plurium dominorum in re communi, quæ obtinentur re integra manente pro indiviso. *L.* 5. *D. de stip. ser. L. pro regione*, *D. de acq. rer. dom.* Ubi sunt igitur hæ partes indivisæ, si quis quærat? nusquam sunt, non cernuntur, non tanguntur. Intellectu tantum concipiuntur, & hoc intellectu iuris constant, non corporum divisione. *d. L.* 5. *D. de stip. serv. L. Mævius*, 66. *§. duorum*, *D. de leg.* 3. Rursum si quis quærat, quæ sit utilitas earum partium, quæ nusquam sunt (quod omnino necesse est quæri, nisi velimus hic ius verbis constitui, non rebus, contra *L.* 2. in fin. *C. com. de leg.*) intelligendum est etiam has partes suos effectus & certos habere natura rerum ita ferente, quorum etiam obtinendorum caussa ius eas partes induxit. Utilitas cernitur in commodis & fructibus rei communis. Hæc vero pro iis partibus indivisis, quas fingimus, recte & corporibus inter quosvis dividi possunt. Ipsæ vero per se partes

tes indivisæ sunt: emolumento divisæ: quia dum emolumentum propter partem divisim percipitur, ipsa quodammodo pars in emolumento percipi videtur.

V. Ex rebus incorporalibus prope omnes exceptis servitutibus, dividuæ sunt. Sunt enim positæ in perceptione eorum emolumentorum, quæ dividi possunt; a quibus quoque ut partes Indivisæ, quas modo diximus, æstimantur. Hereditas dividitur in partes hereditarias. *L. non possumus, D. si pars her. pet.* Obligatio & petitio cuiusque rei dividuæ & ipsa dividua est. Unde dicimus ea quæ sunt in nominibus defuncti, idest actiones & persecutiones hereditarias dividi inter heredes pro portionibus hereditariis. *L. ea quæ, C. fam. erc.* Quod ad servitutes attinet, ususfructus dividi potest, utpote consistens in commodis fruendi, quæ percepta dividi possunt. *L. 1. §. si ususfructus, D. ad leg. Falc. L. 5. D. de usufr.* cæteræ servitutes sunt individuæ. *d. L. 1. §: si ususfructus, ad leg. Falc.* ut ex servitutibus personarum, usus. *L. usus, D. de usu & hab.* ex servitutibus prædiorum omnes, idest & urbanorum & rusticorum prædiorum. De his enim sentit Ulpianus in *L. stipulationes non dividuntur, 72. de verb. obl.* cum ait divisionem non recipere stipulationes viæ, itineris actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Cæteras servitutes intelligens, servitutes prædiorum, quæ per excellentiam nominis sæpe io usu iuris absolute ita nominantur, distinguunturque ab usufructu & reliquis servitutibus personarum; ut in *§. ult. Inst. de usu & hab. L. 4. D. de servit.* alioqui falsa sit sententia superior de servitutibus omnibus etiam personarum, cum constet usumfructum dividi posse. Cur ergo servitutes omnes cæteræ individuæ potius, quam ususfructus? quia & usus & servitutes omnes prædiorum consistunt in usu rei solo, & tractatione: ad fructuum autem & emolumenti alicuius perceptionem extra necessitatem utendi non perveniunt. Hic autem usus indivisus est. Ita res redit ad hanc summam, ut ex omnibus rebus tam corporalibus & incorporalibus solæ sint individuæ servitutes, earumque obligationes & actiones; & hæ omnes, excepto usufructu.

VI. Hoc intellecto, de stipulationibus dandi, quibus superiores res dari debent, ita ius esse dicimus, ut quæ dividuarum rerum sunt, eæ recipiant partis præstationem. *L. 2. §. 1. D. de verb. obl.* Quæ individuarum, eæ natura rerum ita cogente non recipiant. *d. L. stipulationes non dividuntur, 72. de verb. obl.* Id vero eam vim habet, quam initio dixi, ut re individua, puta via, promissa, tum & ex pluribus promissoribus singuli solidam servitutem debeant, a quibus & solida peti possit: & ex pluribus viæ stipulatoribus singulis solida debeatur, quam & solidam recte petant. Quod & in pluribus heredibus tum promissoris, tum stipulatoris servatur. *L. viæ, D. de servit. L. heredes, 25. §. an ea, & §. contra, D. fam. erc. L. 2. §. 1. & §. ex his, D. de verb. obl.*

VII. Sed ne verbosa fiat disputatio (quod cavendum esse bene monemur in *§. 1. Inst. quod cum eo.*) de uno genere harum personarum loquamur, idem & de altero intellecturi. Et quoniam totius huius quæstionis explicatio a veteribus collata est fere ubique ad personas heredum, inter quas maxime obligatio hereditaria ex lege duodecim tabularum dividi solet iure, idem & nos hic sequamur, quando illorum scriptis ad hæc & alia explicanda utimur: sed hac lege, ut quod hic in persona heredum dixerimus, existimemur præcipue de eo quod propositum est, id est divisione obligationis inter plures eiusdem rei tum promissores tum stipulatores dixisse.

VIII. Redeo igitur ad stipulationem viæ, quam individuam esse diximus. Quid ergo fiet, cum ab uno ex heredibus promissoris via petetur? nam is unus servitutem prædio communi imponere non potest. *L. 2. D. de servit. L. fundus, D. de servit. rust. præd. L. si quis duas, §. 1. D. com. præd.* Impetrabit is, cum quo agitur, spatium a iudice, intra quod agat cum coheredibus, ut excitati servitutem communiter imponant, quod facere possunt. *L. fideicommissa, 11. §. pen. D. de leg. 3.* Quod si intra id tempus non facient, qui conveniri cœperat de servitute, ut tenebatur in solidum, ita damnabitur in solidam servitutis æstimationem: sic tamen, ut quod solidum præstiterit, repetat iudicio familiæ erciscundæ a coheredibus, quorum culpa acciderit, ut servitus non præstaretur. *d. L. 2. §. ex his, D. de verb. obl. d. L. heredes, §. contra, D. fam. erc.* Quid e converso, si unus ex pluribus heredibus stipulatoris viam petat, & ei non præstetur servitus, cæteris paratis rem admittere? nam nec unus ex dominis servitutem prædio communi acquirere potest, non magis quam imponere. *d. L. si quis duas, §. 1. com. præd.* Damnabitur & hic promissor in servitutis æstimationem; sed non ut supra in solidum, verum pro parte tantum

tum agentis hereditaria, ut scilicet veniat in æstimationem solum, quod eius interest. *d. L. heredes*, §. *ex ea*. in fin. *D. fam. erc. L.* 4. §. *si fundus*, *D. si servit. vind.* Sed hic subsistitur. Cur enim adversus unum ex heredibus promissoris in solidæ servitutis petitione etiam solidi condemnatio est; uni autem ex heredibus stipulatoris, etsi similiter solidam viam petit, non similiter solidæ servitutis fit condemnatio: præsertim cum sententia debeat esse consentanea petitioni? *L. ult, C. de fid. lib.*

IX. Varietas hæc nascitur ex iure petitoris. Sciendum est enim metiri nos omnem actionem ex iure eius qui agit, non eius qui cum agitur. *L.* 1. §. 1. *D. si pars her. pet.* ut si actori solida viæ æstimatio debetur; in hanc condemnari debeat is cum quo agitur, etiamsi non sit solus debitor, sed unus ex pluribus: sin actori debetur pars tantum, non longius debeat reus condemnari, etiam si solus sit debitor, & is qui solidum debeat. Iam vero in omni petitione servitutis, etsi ipsa servitus individua res est, tamen non longius progreditur ius actoris, quam quatenus eius interest: ac quatenus non interest, nulla est servitus. *L. quoties*, 1. *D. de servit.* Hinc illa varietas superior. Inde enim fit, ut si stipulator agat, tametsi agat cum uno ex heredibus promissoris, tamen ut solidam viam petit, ita & solidam eius æstimationem consequi debeat: quia cum sit solus, in solidum quoque eius interest servitutem consequi. Sin agit unus ex heredibus stipulatoris, contraria de caussa evenit, ut quamvis cum promissore ipso agat, qui solus obligatus fuit; tamen si promissor ei in æstimationem condemnandus est, non nisi pro parte hereditaria condemnationem fieri oporteat: quia scilicet non latius eius interest, quam pro parte, quam singuli heredes habent in fundo communi, ad quem servitus acquiritur. Id enim in eo quod interest, numeratur, quod singulis de fundo communi abest propterea, quod via uti non licuit. Eaque ratio est, quam in hac parte redditam legimus in *d. L.* 4. §. *si fundus*, *D. si ser. vind.* Nec offendemur eo, quod dicitur sententiam iudicis congruere debere petitioni. *d. L. ult. C. de fid. lib.* Id enim tunc locum habet, cum res petita præstari potest, non cum hac non præstita necesse est reum condemnari in æstimationem. Ad quam cum venietur, ratio iuris facit, ut non in maiorem quantitatem reus condemnandus sit, quam actori ex ea æstimatione debetur. Accedit ad hæc etiam necessitas huius condemnationis. Nam si uni ex heredibus stipulatoris viæ solida æstimatio præstanda est, eveniet, ut alii coheredes, quibus adhuc solutum non est, adhuc ex sua persona servitutem possint petere, atque his petentibus æque solida servitutis æstimatio præstanda sit. Neque enim his nocere potest, quod prius uni solida servitutis æstimatio sit soluta: quoniam invitis aliis coheredibus iisdemque creditoribus alii solvi non potest, ut liberatio ab omnibus contingat. *L. invito*, *C. de sol.* Ita etiam plures æstimationes servitutis præstabuntur: quæ tamen non est nisi una, eoque nec æstimationem nisi unam habere potest. Contra vero si unus ex heredibus promissoris condemnetur in solidam æstimationem servitutis non est metuendum, ne eadem æstimatio exigatur a cæteris coheredibus. Nam cum unus ex pluribus solidam æstimationem servitutis solvit, eo facto & se, & cæteros coheredes etiam invitos liberat. Solvit enim quod debebatur. Solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio, non tantum volente, sed & ignorante atque adeo invito debitore. *L. solvendo*, 39. *D. de neg. gest. L. solutione*, 23. *L. solvere*, 53. *D. de sol.*

X. Hæc de rebus individuis, earumque obligatione. Facta utrum dividua sint, an individua, ex genere facti æstimatur. Factorum quædam in eo sunt, ut quid fiat, quædam in eo, ne quid fiat. Ut quid fiat; veluti, rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, quæ proponuntur in *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *de verb. obl.* Ne quid fiat; veluti, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, amplius non agi; cuius generis facta sunt, de quibus agitur in *L.* 2. §. pen. usque ad *L.* 5. *eod.* Quæ facta in eo sunt, ut quid fiat, omnia sunt huiusmodi, ut divisionem non recipiant, etiamsi in his alicuius rei corporalis præstatio aut effectio contineatur. Qualia sunt illa superiora, rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, de quibus diserte scribit Ulpianus in *d. L. stipulationes non dividuntur*. ea divisionem non recipere. Ne quis hic moveatur exemplo stipulationum dandi, quæ cum partis præstationem recipiant, *L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* sunt tamen & ipsæ in faciendo. Quoniam etiam dare, facere est. *L. verbum facere*, *D. de verb. signif.* Generaliter enim hoc vere dicitur. Sed nunc factum a dando distinguimus. Unde illa genera stipulationum distincta, ut quædam sint in dando, quædam in facien-

ciendo. *L.* 2. in pr. *de verb. obl.* Quæ, ut dixi, ita distinguuntur, ut intelligantur in dando esse, in quibus res versantur ad dandum; in faciendo autem eæ, in quibus versantur reliqua omnia ad præstationem comparata, quæ nunc specialiter vocamus facta. Idque ita explicatur in *d.* §. *ult. Inst. de verb. obl.* Hæc, inquam, omnia sunt individua. Nam si de superioribus illis tribus recte id dicitur, in quibus corporalis rei traditio, aut operis & corporis alicuius effectio versatur: multo magis in operis, & iis factis, quæ post se nihil relinquunt, idem probandum est. Scio multa occurrere, cur in illis saltem tribus prioribus secus dici debuisse videatur, cum & res corporalis tradenda divisionem recipiat, & videatur aliquid ædificari, aut fodi posse pro parte. Sed nihil verius, quam facta huiusmodi omnia divisionem non recipere. Quæ ex adverso dubitationem faciunt, expedivisse mihi videor ad *d. L. stipulationes non dividuntur*. Inde sumi potest. Nunc sufficiet intelligi id ita de hoc genere toto definitum esse in *d. L. stipulationes*.

XI. Id etsi de his factis ita dicitur, ut de rebus individuis ante diximus, & verum est: non continuo tamen stipulationes & obligationes huius generis cum prioribus illis, quæ sunt de rebus individuis, eodem iure habentur, cum de divisione earum quæritur. Illæ de rebus individuis stipulationes divisionem per omnia non recipiunt in debitore, eiusve heredibus singulis, sive res ipsa promissa præstanda sit, sive re non præstita ventum est ad æstimationem, quam ab uno ex heredibus præstari oporteat. Hæ de factis superioribus, non item per omnia excludunt divisionem. Ex parte individuæ sunt; ex parte dividuæ: neque eo minus verum est facta omnia huius generis esse individua. Proinde quale id sit, non immerito separatim cognoscendum est. Nascitur autem hæc distinctio ex obligationum faciendi natura.

XII. Meminisse debemus, quod supra pluribus suo loco docuimus, in hoc genere stipulationum successive duas res ad præstationem versari, factum promissum, & pecuniam seu æstimationem eius quod stipulatoris interest. Factum ab initio in obligationem venit, idque est primum quod ut debetur, exspectaturque a stipulatore, ita & a promissore iure præstatur ad liberationem. Sed si factum non sit, quod fieri debuit, simulatque transit faciendi tempus, succedit in obligationem huius generis id quod stipulatoris interest, id est pecunia, qua æstimatur, quod eius interest, in quam & reus condemnetur. Idque observatur in omnibus faciendi obligationibus, *d. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *de verb. obl. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* De quo satis dictum est suo loco. Hinc de divisione huius generis obligationum hæc iuris & veterum constitutio est. Si de pluribus heredibus promissoris agitur, & velit unus faciendo liberari, nunquam quisquam eorum liberari potest, nisi in solidum faciat, quod promissum est, aut det operam ut simul faciant omnes, non alia de caussa, quam quod non possint facere pro parte, ut totum non impleant, *L. fideicommissa*, 11. §. *pen. D. de leg.* 3. Usque adeo, ut si nihil aliud spectet unus, quam ut fiat opus, de quo faciendo cautum est, nihil agat, si creditori pecuniam offerat, ut ipse faciat, *d. L. fideicommissa*, §. *ult.*

XIII. At si ita sunt constituti promissoris heredes, ut nolint, aut non possint sive singuli, sive omnes totum facere; hic quia res redit ad obligationem & petitionem eius quod interest, non iam singuli heredes tenentur in solidum in id, quod stipulatoris interest; sed singuli pro parte. Ut, si proponas interesse stipulatoris ad centum aureos factum id esse, de quo cautum est, & duo sint promissoris heredes, singuli in petitione & condemnatione eius quod interest, tenebuntur solum in quinquaginta, divisa ipso iure inter eos obligatione. Scilicet quia hic in obligationem venit pecunia; hæc autem ut natura dividi potest, ita partis præstationem recipit. *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obl.* Et hoc est, quod dicitur in *d. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*. Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. Proinde dici posse iuxta æstimationem facti (sic enim legendum est) dandam esse petitionem. Æstimatio facti est pecunia illa, quæ prius commemorata est, qua æstimatur factum, seu id quod stipulatoris propter factum interest. Iuxta hanc æstimationem petitio datur, cum ut pecunia per se dividua est, sic pecuniæ petitio inter heredes promissoris dividitur, similiter ut obligationem in hoc genere dividi prius Ulpianus dixerat. Quod autem ad heredes horum factorum stipulatoris attinet, constitutio iuris superior facit, ut nunquam nisi pro portione sua singuli agere possint ex hoc genere stipulationum. Nam si fit, quod promissum est, actionem

nem non habent. Eft enim illis fatisfactum. Si factum non fuerit iam dixi in obligationem venire id quod eorum intereft. Intereft autem fingulorum pro parte. Quare & hoc folum in condemnationem venit, quod cuiufque agentis pro parte intereft. Ufque adeo, ut nec fi de re individua ageretur, puta via, aliter quam pro parte agentis condemnationem fieri oporteret. *L.* 4. §. *fi fundus*, *D. fi fer. vind.* Denique id quod intereft, pecunia eft, quæ hoc nomine præftatur. Hæc, ut dixi, divifionem recipit.

XIV. Quæ facta in eo funt, ne quid fiat, ea non tantum pro ratione eius quod intereft, quod & in hoc genere præftandum eft: fed etiam genere ipfo facti partim individua funt, partim dividua, ut indicatur in *L.* 4. §. *Cato*, *D. de verb. obl.* ubi & hæc ipfa genera ita defcribi videntur, ut individua huius generis facta fint, cum adverfus id de quo cautum eft, ne fieret, pro parte peccari non poteft, ne ab uno quidem ex promifforis heredibus. Dividua autem, cum adverfus id de quo cautum eft, ne fieret, non poteft peccari ab uno ex heredibus promifforis nifi pro parte. Adduntur exempla, ut prioris generis exemplum fit illud, per te non fieri quominus mihi ire agere liceat: pofterioris hoc, amplius non agi. Si quis roget, quando adverfus id, de quo cautum eft, ne fieret, non poffit peccari pro parte ab uno ex heredibus, quando poffit (eft enim id etiam nunc paulo obfcurius) in eo hæc nobis erit regula & notio, quæ & ibidem fignificari videtur: ut tunc adverfus id intelligatur non poffe peccari pro parte ne ab uno quidem ex heredibus, quoties uno ex heredibus promifforis contra faciente, id factum tam nocet ftipulatori, quam fi factum effet ab omnibus. Contra tunc peccari intelligatur pro parte, cum factum unius non poteft nocere ftipulatori nifi pro parte eius, qui contra fecit. Sit ergo exempli gratia, prioris generis hæc ftipulatio, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, qua uti folemus in conftitutione fervitutum ob eam cauffam, quæ traditur in *L. quoties*, 1 *D. de fervit.* Hoc factum Cato individuum effe fcripfit hac ratione, quæ pro definitione fit, quia adverfus id, quod ita cautum eft, non poteft peccari ab uno ex heredibus promifforis pro parte. Qui hoc intelligemus? Adhibita nimirum fuperiore notione, quam dixi; quia uno ex heredibus promifforis ftipulatorem ire agere prohibente, hoc factum tam illi nocet, quam fi prohibitus effet ab omnibus heredibus.

Nam omnium heredum prohibitio nihil aliud efficeret, nifi ut ftipulator ire agere non poffet. Nunc autem ab uno folo prohibitus idem patitur. Sit contra pofterioris generis ftipulatio hæc, amplius non agi; qua utimur in tranfactionibus, dum actor qui tranfigit, pacifcitur, fe nihil amplius petiturum. *L. fi de certa*, *C. de tranf.* aut adverfus procuratorem alieno nomine agentem, qui promittit dominum rem ratam habiturum, ideft non amplius de eadem re acturum. *L. amplius*, *D. rem rati hab.* Divifionem hoc facto recipit, ait Cato: innuitque ideo fieri, quia heredes finguli fi quid contra faciant, peccent non in folidum, fed pro parte. Unde hoc intelligimus? Ex eo, quod quifquis aget contra, non poteft nocere ftipulatori nifi pro parte. Nam cum ea quæ funt in nominibus defuncti, ideft in actionibus & perfecutionibus hereditariis, dividantur ipfo iure inter heredes, *L. ea quæ*, *C. fam. ercif.* non poteft, ne fi velit quidem, unufquifque heredum ultra agere iure fuo, quam pro parte, ut appareat, fi ita agat, factum id non ultra ftipulatori nocere poffe, quam pro parte.

XV. Nunc de iure obligationum huius generis cognofcamus. Et fi de individuis factis huius generis agitur, quale eft illud, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat: hic idem præcipiendum eft, quod in fuperiore genere factorum, tametfi factum individuum hic verfetur, non tamen continuo huius generis ftipulationem & obligationem per omnia divifionem non recipere. Ab initio quidem ftipulatio in eo eft, ne quid fiat: quod fane divifionem non recipit. Sed fi contra factum erit, committitur ftipulatio in id quod intereft ftipulantis, ideft in pecuniam numeratam, qua factum æftimetur, quatenus ftipulantis intereft, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *d. L. fi quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* Quod tum fit multo magis, cum fi quid aliter factum fit, pœna certæ pecuniæ promiffa eft. De qua fpecie agitur apud Catonem *d* §. *Cato*. Secundum hæc de divifione huius obligationis tria hæc Catoni & veteribus placuerunt.

XVI. Primum fi unus ex heredibus promifforis, qui fuperius illud promifit Per te non fieri, contra faciat, quam cautum eft, ideft ne ftipulatorem impediat, ne eat agat, convenit inter omnes, ftipulationem committi in folidum. Idque natura rei oftendit, quia quifquis impedit, in folidum adverfus ftipulatorem peccatum eft. *d.* §. *Cato*. Non hic confiftunt veteres. Poterat

rat enim hoc sic accipi, quasi committeretur stipulatio in solidum quidem, attamen adversus eum solum, qui contra fecit, non etiam adversus alios coheredes.

XVII. Additur igitur secundum, si quid ab uno contra factum sit, stipulationem committi ab omnibus, ut loquitur Cato, idest ab uno committi in solidum adversus omnes, seu ita committi, ut & reliqui propter factum unius incipiant teneri. *L. inter*, 44. *§. quod ex facto*, *D. fam. erc.* Et recte; non quod unius heredis facto alios placeat obligari, qui nihil fecerunt, quod esset iniquissimum, neque vero id ius patitur: *L. de pupillo*, 5. *§. si plurium res*, *D. de op. no. nun.* sed quod stipulatio hereditaria hæc fuerit, cuius conditione exsistente etiam cæteros teneri necesse est. Quæ ratio indicatur in *d. L. inter*, *§. quod ex facto*, *fam. erc.* Nam promissor superiore stipulatione obligat se & omnes heredes suos sub conditione, si per ipsos stipulatori ire agere non licebit. Iam uno ex heredibus eius prohibente exsistit hæc conditio. Commissa igitur stipulatio hereditaria in totum, ex conditione obligat etiam cæteros qui nihil commiserunt. Qua in re obligantur cæteri ex facto & conventione defuncti, a quo & obligari ita potuerunt, ut etiam adversus eos actio inciperet. *C. ut act. ab her. & contr. her. inc.* Ne tamen unius improbi, aut parum considerati heredis factum cæteris nihil committentibus noceat, placet cæteros coheredes, quod propter unius factum præstiterunt, id ab eo repetere posse iudicio familiæ ercifcundæ. *d. L.* 2. *§. pen. D. de verb. obl. d. L. inter*, *§. quod ex facto*, *fam. erc.*

XVIII. Quid ergo, cum committetur hic stipulatio in solidum adversus omnes, etiamne committetur adversus singulos in solidum? Et placuit, quod tertium posuimus, hic sic committi stipulationem adversus omnes, ut tamen committatur pro portione hereditaria. *d. L.* 4. *§. Cato*, *de verb. obl.* Inter quæ optime convenit. Nam quod stipulatio uno ex heredibus contra faciente, in solidum committitur, ex eo est, quod hic de facto agitur, atque id divisionem non recipit. Quod autem singuli conveniuntur pro parte solum, ex eo est, quod conveniuntur in id quod interest stipulatoris, idest in pecuniam numeratam. Hanc autem constat divisionem recipere natura.

XIX. De heredibus stipulatoris in illa stipulatione per te non fieri, idem probandum est, quod in superiore genere factorum diximus, nunquam hos scilicet ex hoc genere actionem habere nisi pro parte; quatenus nimirum singulorum interest, cum in id solum quod interest, stipulatio committatur. Sane si pœna promissa erit, si quid contra quam cautum est, factum fuerit: uno ex heredibus stipulatoris prohibito committitur pœna summo iure in solidum. Nam secundum verba verum est uno prohibito, contra factum esse, quam cautum erat. Sed placet effectu ne hic quidem pœnam exigi posse, nisi pro parte ab eo, qui sit prohibitus. Nam cæteros si petant, exceptione doli removeri posse: quasi tacite id actum sit, ne pœna committeretur, nisi iis quibus iure ire agere non liceret. Hæc in *L.* 2. *§. ult. D. de verb. obl.*

XX. Quod si dividuum factum id erit, quale esse diximus amplius non agi, sic ius est eius obligationis, ut heres qui adversus stipulationem fecerit, pro portione sua teneatur solus in id quod stipulatoris ob id factum interest; & si pœna eo nomine promissa sit, solus pro portione sua committat pœnæ stipulationem. *d. L.* 4. *§. Cato*, *de verb. obl.*

XXI. Sint ergo dicta hæc de iis stipulationibus, quæ natura rei promissæ divisionem non recipiant. Est, ut proposui, cum quod dari promissum est, natura sua dividi possit: constitutione tamen conventionis ut res promissa, ita stipulatio non recipiat divisionem. Quod fit cum ita res promissa est, ut appareat ex conventione non aliter satisfieri promissioni, quam si res tota soluta sit. Id accidit in tribus his generibus stipulationum: in stipulatione generis, ut cum hominem generaliter stipulor: in alternativa, ut cum stipulor Stichum aut Pamphilum: in stipulatione sortis & usurarum, cum ita stipulor, sortem mihi dari certa die, & si soluta non sit, pœnæ nomine certam summam. De duobus prioribus generibus agitur in *L.* 2. *§.* 1. *D. de verb. obl.* de tertio, *in L.* 5. *§. ult. D. eod.*

XXII. Priora genera duo ideo non recipiunt divisionem, ut quidem parte soluta vel promissor, vel unus ex heredibus liberetur, quia in his apparet id actum esse, ut quisquis homo detur ex universo hominum genere, quisquis idem detur ex duobus illis Sticho aut Pamphilo: semper saltem unus integer detur, non duorum aut plurium hominum partes: quoniam duorum partes non efficiunt unum hominem, id quod promissum est. At si parte ab uno ex duobus heredibus soluta is liberatur pro ea parte, qui solvit; eveniet ut possint solvi duorum hominum partes. Licet

cet enim alteri coheredi homine generaliter promiſſo alterius hominis partem ſolvere, quam eius, cuius pars a priore ſoluta eſt. Debuit enim is coheres partem hominis non huius aut illius, ſed hominis in genere, quem ipſe ad dandum elegerit: quoniam in hac ſpecie quid det debitor, ipſius electio eſt. *§. præterea, ſi quis, Inſtit. de action.* Idemque eveniet, ſi ex hac ſtipulatione Stichum aut Pamphilum dabis; ſi unus ex heredibus promiſſoris parte Stichi forte ſoluta liberetur. Nam & cum in hac ſpecie electio ſit debitoris, utrum ſolvat. *§. huic autem, Inſtit. de act.* relinquitur hæc electio alteri coheredi, ut partem quæ reliqua eſt, in alterutro velit, eligat; proinde & Pamphili partem recte ſolvat. In quibus partes duorum hominum ſolvi apparet, id eſt aliud quam promiſſum eſt, tantum ideo, quod parte rei promiſſæ ſoluta, liberationem pro ea parte admittimus. Repugnat igitur conditio rei promiſſæ & conventionis, quominus unus ex duobus heredibus prius liberetur, quam totus homo promiſſus ſolutus fuerit, poſtquam aliter ſtipulationi ſatisfieri non poteſt. Idemque multo magis admittendum eſt in ipſo promiſſore, ſi ex aliqua iſtarum ſtipulatione hominis unius partem ſolverit. Hæc ad iſtam ſententiam in *d. L. 2. §. 1. D. de verb. obl. L. ſtipulatus, 9. §. 1. D. de ſol.*

XXIII. Tertium autem illud genus ſtipulationis, cum ſtipulor ſortem certa die, & ſi ſors ſoluta non eſſet, pœnam: genere ipſo conditionis non obſcure hoc efficit, ut nullus heredum promiſſoris evitet pœnam, niſi ſors tota ſoluta fuerit. Finge unum heredem ſolviſſe partem hereditariam ſortis, alterum non ſolviſſe. Committetur pœna in ſolidum adverſus utrumque, non ſolum eum, qui non ſolvit, de quo nemo dubitat; ſed etiam eum, qui ſolvit, *d. L. 5. §. ult. de verb obl.* ſc. quia parte tantum ſoluta, extitit in totum conditio pœnalis ſtipulationis etiam adverſus eum, qui ſolvit. Conditio enim hæc fuit, ſi ſors ſoluta non eſſet, pœnæ nomine tantum dari. Verum eſt autem ne ab eo quidem qui partem tantum ſolvit, ſortem ſolutam eſſe; quoniam pars ſortis ſors non eſt. Ita cum ne ille quidem fecerit, quominus exſiſteret conditio pœnalis ſtipulationis: non mirum, ſi conditione exſiſtente ſtipulatio committatur: cum in omnibus ſtipulationibus id efficiat vis & natura conditionis. *§. ſub conditione, Inſt. de verb. obl. L. a Titio, D. de verb. obl.* Neque hic res verſatur tantum in ſubtilitate verborum, tanquam nulla æquitatis ratione totius pœnæ petitionem defendente, ubi pars ſortis ſoluta proponatur. Non enim parum intereſt ſtipulatoris totam ſortem ſua die ei ſolvi potius, quam particulatim diverſis temporibus. Ideo recte adiectum eſt in *d. L. 5.* in fin. *de verb. obl.* aliud in his ſtipulationibus ſine iniuria ſtipulatoris conſtitui non poſſe, dum hoc agitur, ut ſuperior ſententia a verborum ſubtilitate ad æquitatem revocetur. Cætera ſi quæ ſunt in his generibus ut & in ſuperioribus non ſatis expedita, eorum explicatio ex commentariis ad *Tit. de verb. oblig.* peti poteſt.

XXIV. Ex his intellectum eſt, maxime quidem quæ ſtipulationes atque obligationes diviſionem non recipiant: ſed tamen ita, ut his cognitis etiam quæ recipiant ſua ſponte intelligantur. Superioribus enim remotis, neceſſe eſt reliquos omnes, quæ non ſint in hoc numero, in contraria cauſſa haberi. Quanquam & in ſingulis generibus rerum, neceſſe habuimus etiam quæ diviſionem reciperent, nominatim oſtendere. Quibus inventis, redeo ad definitionem, quam initio poſuimus, ſi qua ſtipulatio obligatiove natura rei promiſſæ, & conventionis lege diviſionem recipiat, in ea hanc eſſe conditionem obligationis inter plures eius obligationis debitores, creditoreſve; qui quando contingerent, diximus, ut ex pluribus debitoribus non ſinguli ſolidum debeant, ſed tantum partem eius, quod in obligationem deductum eſt: & ex pluribus creditoribus non ſolidum debeatur ſingulis, ſed pars dumtaxat.

XXV. Hic partis nomine iniecto, ſtatim inducitur ſequens quæſtio, quotam partem hic accipere debeamus, vel quam ſinguli debeant, vel quæ ſingulis debeatur. De quo iam dixiſſe ſatis videmur. Summa hæc eſt, ut in pluribus debitoribus, ſi plures ab initio idem promittunt; ut ſunt perſonæ, quibus imponitur obligatio, ita ea in ſingulas perſonas diviſa intelligatur, ut efficiantur inter eos partes viriles, id eſt æquales. *L. reos, §. 1. D. de duob. reis. L. cui fundus, 56. D. de cond. & dem. L. ſi heredes, 124. D. de leg. 3.*

XXVI. Conſtituta parte obligationis, & ea certa, ut ſcilicet intelligatur, quota ſit & quanta inter plures debitores & creditores eiuſdem rei: ſupereſt etiam in hac diviſione illa quæſtio, ſi quando plures res numero in obligationem deductæ erunt, qualem iſtam partem in his rebus

eſſe

esse velimus, eamne, qua dividantur res inter creditores & debitores numero, an qua dividantur corpore. In quo hæc distinctio recepta est, ut si res debentur, quæ pondere, numero, mensurave constant, & in universum genera, numero fiat divisio. Sin species, hic singulorum corporum partes fiant inter eos, ad quos ea obligatio pertinet. Sint exempli gratia, promissa centum: duo rei stipulandi, aut duo heredes stipulatoris. Non singulis centum aureorum singulorum pars debebitur pro indiviso: sed singulis quinquaginta, & ita petitionem instituere debebunt. Idem est & si decem homines promissi sint, ut singulis his tum stipulatoribus, tum heredibus quinque debeantur. Promissi sint contra Stichus & Pamphilus species certæ. Si proponas duos reos stipulandi, aut duos heredes ex æquis partibus stipulatori relictos: non uni Stichus debebitur, & alteri Pamphilus, ut numero fiat hic quoque divisio: sed utrique pars dimidia Stichi & Pamphili, quam & ipsam in singulis ita petere debebunt. Idem valet vice versa in duobus eiusdem Stichi promissoribus, & duobus heredibus promissoris, ut centum promissis singuli quinquaginta debeant. Si promissi sint Stichus & Pamphilus, non unus ex promissoribus, aut unus ex promissoris heredibus debeat Stichum & alter Pamphilum: sed singuli debeant utriusque & Stichi & Pamphili partem. Itaque ab his petendum est. Hæc sententia est *L. in stipulationibus*, 54. *D. de verb. obl. L. cum Stichus*, 29. *D. de sol.*

C A P. VII.

Pura conventione promissum præsenti die deberi, & peti posse: Hoc quid sit: Quam verum & perpetuum.

Tempus & locus etiam ad præstationes conventionum pertinet. I.
Omnis stipulatio, seu dandi faciendive conventio aut pura est, aut in diem, aut sub conditione de harum auctor breviter, & quare. II.
Si pura sit: quod in illa est, præsenti die debetur, & peti potest; & quæ talis. III.
Contrariis occurritur. IV.

I. PRæter rem quæ in conventionem dandi faciendive deducitur, de quo diximus, ostendimusque quid quantumque de ea re ex conventione deberetur, habet & conventio huiusmodi omnis circumstantias quasdam præstationis. Circumstantiæ hæ positæ in personis contrahentium, & rebus quibusdam extra personas positis. De personis contrahentium satis supra diximus in singulis contractibus. Nam cum res non contrahatur, nisi inter duos certos, quorum unus debeat, & alteri debeatur, necessario faciendum fuit in singulis, ut quænam hæ personæ essent, explicaretur. Circumstantiæ extra personas positæ duæ: Tempus præstandi, & præstandi locus, ut hoc quæratur, quod promissum est, quando debeatur & peti possit: tum quo loco sit præstandum.

II. Tempus præstandi conceptio conventionis hoc modo indicat. Omnis non stipulatio solum, sed conventio aut pura est, aut dilatione temperata. Pura est, quæ nullam dilationem insertam habet, id est nec diem solutioni dictum, nec conditionem. Sic dicta, quia pura est & mera obligatio, quippe nihil habens eorum, quæ efficacitatem obligationis in præstando sistam morentur: euiusmodi sunt superiora duo, ut postea ordine dicetur. Temperatur conventio dilatione, quæ præstationem in tempus differt. Dilatio hæc duplex; Dies adiectus solutioni, & Conditio. Quæ istum diem habent conventiones, dicuntur in diem; quæ conditionem, dicuntur fieri sub conditione. Itaque si hæc iam genera in unum cumulum conferri placet, reperientur exsistere tria illa, quæ traduntur apud Iustinianum in §. *Inst. de verb. obl.* ut omnis stipulatio ac proinde omnis dandi faciendive conventio aut sit pura, aut in diem, aut sub conditione. Quid valeat & efficiat harum unaquæque, videndum est. De quibus tantum nunc dicam, quantum ad summam ipsam iuris de his recepti cognoscendam necesse erit, non longius. Quando id ius totum a me alibi fusius & accuratius expositum est adhibita diligenti partium singularum quæ lucem & fidem desiderare videbantur tum explicatione, tum confirmatione: quæ sicubi hoc loco opus fuerit, melius ex ea tractatione petetur, ne quid necesse sit nobis eadem repetere. Exstat in commentariis ad *tit. de verb. obl. L. cum qui Calendis*, 41. §. *ult.*

III. Et puræ conventionis vis ea eſt, quæ regula iuris definitur, ut in omnibus obligationibus, in quibus dies non apponitur, præſenti die [1] debeatur. *L. in omnibus obligationibus, D. de reg. iur.* Deberi, accipe cum effectu, ut ſit quod ita debeatur, ut & peti poſſit. Sic enim alibi vis puræ ſtipulationis explicatur, ut pure promiſſum dicatur confeſtim peti poſſe, *§. omnis, Inſt. de verb. obl. L. eum qui ita, 56. §. 3. D. de verbor. obl.* Item, ubi pure quis ſtipulatus fuit, & ceſſiſſe & veniſſe diem. Veniſſe autem diem ſignificare eum diem veniſſe, quo pecunia peti poſſit. *L. cedere, D. de verb. ſignif.* Et debendi verbum, cum proprie loqui volumus, ſic accipitur. Unde illud, debitorem intelligi eum, a quo invito pecunia exigi poteſt. *L. debitor, D. de verb. ſignif.* Et, cum pecunia ita debetur natura, ut peti non poſſit, magis per abuſionem ita debitum dici, quam proprie. *L. fideiuſſor, 16. §. fideiuſſor, D. de fid.* Sit ergo hoc conſtitutum, quod pure promiſſum eſt, ita deberi, ut & ſtatim peti poſſit, ac ſine ulla dilatione. Sententia ut iuris certi, ita & vera & perpetua. Dum tamen puram ſtipulationem & obligationem intelligamus, quæ non verbis tantum ſed re ipſa talis eſt, qualem nunc intelligi volumus, id eſt eam, quæ diem differendi adiectum non habet neque expreſſim neque tacite. Alioqui eſt, ubi a noſtris pura dicatur ſtipulatio, quæ figura & conceptione verborum diem inſertum non habet, etſi ex re ipſa dilationem capiat. *L. interdum, 73. D. de verb. obl.* Quo ſane ſenſu recte dixeris ex pura ſtipulatione non ſemper præſenti die deberi, non ſemper ſtatim peti poſſe. Non enim poteſt tunc, cum eiuſmodi aliqua incidit tacita dilatio. *d. L. interdum.* Eodemque ſenſu recte defenditur illud Ulpiani ex *L. eum qui calendis, 41. §. ult. D. de verb. obl.* qui cum poſuiſſet, quoties in obligationibus dies non ponitur, præſenti die pecuniam deberi, excepit poſtea eas, quibus dies tacite ineſt; dum ſcilicet diem adiectum intelligit, qui verbis adiectus eſt a contrahentibus. Nos, ut dixi, puram ſtipulationem & obligationem ex re non ex verbis æſtimamus: ut quemadmodum in diem eſt, aut ſub conditione conventio, quæ hæc aut verbis, aut iure vel poteſtate conventionis in ſe incluſa habet: ita contra pura ſit ea, quæ his rebus in totum vacua eſt & verbis & re ipſa, ut iſta non habeat ne tacite quidem. Quæ huiusmodi eſt conventio, de ea, inquam, hæc iuris certi ſententia eſt, quod pure promiſſum ſit, confeſtim peti poſſe. Sic enim nominatim concepta eſt in *d. §. omnis, Inſt. de verb. obl.* Neque eo ſenſu, quem dixi, ullam exceptionem habet. Nam quod legimus ex ſtipulatione fundi vel hominis non poſſe continuo agi, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſet: *§. ult. Inſt. de inut. ſtip.* & præterea pecuniam pure conſtitutam non ante decem dies peti poſſe: *L. promiſſor, § 1. D. de pec. conſt.* omnia de his cauſis dicta ſunt, quæ ſunt in diem: non illum quidem verbis expreſſum, ſed qui tacite inſit conventioni, illic quidem ex natura rei, hic autem ex edicto prætoris, ut paulo poſt in obligationibus, quæ ſunt in diem, dicetur.

IV. Ne illud quidem ſuperiori ſententiæ adverſatur, quod condemnatis tempus datur ad ſolvendum. *L. intra, 7. L. tempus, 29. D. de re iud.* Hæc enim dilatio non modo non arguit ex pura obligatione ſtatim agi non poſſe, ſed etiam id ipſum fieri maxime confirmat: quoniam non condemnatur, niſi is cum quo actum ſit iudicio, & actum utiliter. *L. negantes, C. de obl. & act. L. 1. C. de exſ. rei iud.* Et ut forte quis dicat hic petitionem differri (quod non ita eſt) tamen in promptu eſt illud Papiniani, quod reſpondeamus, non eſſe hanc dilationem ex obligatione, ſed præter, atque adeo contra obligationem humanitatis cauſſa indulgeri. *L. cum militi, 16. §. 1. D. de compenſat.* Quod tempus ſi iudicatis datur, non mirum, ſi legimus idem dari reo in iure confitenti, *L. ſi debitori, 21. C. de iud.* Hoc enim eiuſdem rationis eſt; quo-

1) Eveſtigio dies ceſſiſſe intelligitur *L. 213. de V. S.* tametſi mora non contrahatur ſine interpellatione, Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 31. Pluribus hac de re Don *ad L. 41. §. 1. h. t. n.* 29. Cui. *ibid.* Hopper. *Lib. 2.* [illegible] *pag.* 39. actorem ſtatim petentem non cadere in pœnam plus petitionis ex L. Zenoniana. Diſſ. DD vulgo Vult. *in §. omnis 2. l. h. t.* Menoch. *Arb.* 2. C. 27. & Gomez 2. *Reſol.* 11. *n.* 1. ſtatim quidem peti poſſe ſentiens, ſed aſſignari a iudice tempus, commiſerationis gratia, ad ſolutionem, in conſtituto 10. dierum *d. L.* 21. §. 1. in aliis contractibus arbitrarium *d. L.* 105. Idque tempus legale differre a conventionali. (1) Quoad effectum compenſationis. Intra diem adiectum non poteſt ea obiici, hic poteſt *d. L.* 16. § 1. (2) Hic non duplicantur induciæ, uti ſi ante diem adiectum agatur §. 10, verſ. *hodie I. de except.* (3) Præſcriptio non inchoat niſi elapſo die *L. 7. §. 4. C. de praeſcr. 30. ann.* hic ſtatim. Aliter Goth. *in d. L.* 41. §. 1. 10. dies tribuens debitori: aliter P. Greg. 22. *Synt.* 7. Sane verba confeſtim, in continenti & ſimilia temperamentum aliquod & ſpatium temporis, arbitratu boni viri definiendum, admittunt, vid. Coler. *de Proc exſ. P 4. C.* 2. *n.* 7. *&* 8 expedita tamen & recta hic Donelli ſententia de tempore iudicatis vel confeſſis indulto. Nec inter hæc parum diſcriminis, ut oſtendit idem *ad d. L.* 41. §. 1 *n.* 37 quia ſi a conventione habet tempus aliquod debitor, gemina ei dilatio, ſin a lege, una. Itemque gemina erit, ſi cum Gomezio ponas legalem quidem dilationem, ſed ab illa diverſam, quod ſtatui nequit ſine fraude creditoris.

quoniam confessi in iure pro iudicatis habentur. *L. unica, C. de conf.* De eo autem debitore agitur in *L. quod dicimus*, 105. *D. de sol.* Quamobrem quod illic dicitur cogendum eum esse solvere cum aliquo temperamento temporis; intelligemus id tempus dici quod confessis datur: proinde & de eo loco idem quod supra a nobis responsum esse.

CAP. VIII.

Conventionis in diem ius hoc esse, ut hinc tunc peti possit promissum, cum dies præterierit: ante non possit; interim debeatur tamen; eius obligationis quis effectus.

Transitio & methodus tractationis. I. *Quod in conventione est, quæ in diem dicitur, ante diem peti non potest, sed nec eo die, in quem dilata solutio*. II. *Idem iuris in conventione, quæ est sub conditione, & in diem*. III. *Sed tamen & ante diem debetur, quod ante illum non potest peti: quo sensu debendi vox accipiatur*. IV. *Obligatio debendi ante diem detracta etiam petitione utilis, cum stipulatori, tum promissori, & quatenus utrique*, V.

I. HÆc de pura obligatione. Ac tamdiu talis est omnis obligatio contracta, quandiu nihil hic in circumstantia præstationis minuat conventio. Minuit autem addito solvendi die, aut conditione. Quibus additis, quid hic efficiat adiectio, videamus. Ac de iure quærentibus, ut nunc facere instituimus prima quæstio in his hæc occurrit, quo iure unaquæque harum conventionum habeatur: sic deinde hoc iure posito, de die & conditione apposite quod satis sit ad eius iuris explicationem, cognoscendum. Stipulatori ex stipulatione acturo alius quærendi ordo propositus est fortassis, & vero propositus esse solet. Quærit enim prius, qualis sit conventio, & utrum pura sit, an in diem, aut sub conditione, ut sic quæstionem iuris ad conditionem conventionis accommodet. Quod nisi die & conditione prius cognitis facere non potest. Quod & in commentariis ad *L. eum qui calendis*, 41. *§. ult. de verb. obl.* secuti sumus. Nunc de iure præcipientibus prior ille ordo nobis convenire videtur, ut prius ius statuatur, quam quæ hinc nascitur, eius interpretatio. Quod & nunc sequemur.

II. Ergo in his conventionibus, quas in diem dicimus, diei adiecti vis hæc est, ut ante diem, seu ante quam dies venerit [1] peti nihil possit. *§. omnis. Inst. de verb. obl.* Hoc amplius placuit, ne eo quidem die in quem solutio dilata est, peti posse. Ut, si promiseris Calendis te daturum, petere tamen Calendis non possim: si promiseris te daturum proximis nundinis, non possim petere, nisi spatium omne nundinarum præterierit. *d. §. omnis, L. qui hoc anno*, 42. *L. eum qui certarum*, 138. *D. de verb. obl.* Quod cur veteribus placuerit, explicatione indigebat. Videtur enim prima fronte constitutum contra quam aperte cautum sit. Sic enim verba sunt, ut Calendis dares, quod nihil aliud est, quam ut Calendis dare deberes. Id quod si agitur, sequitur, ut Calendis possim petere, quod debes; cum actio sit ius persequendi iudicio, quod nobis debetur: ut proinde nec actio sit, nisi de eo quod debetur: nec debeatur quidquam iure civili, nisi de quo sit actio. *Inst. de act.* in pr. Ideo adversus hanc dubitationem & obiectionem tacitam ratio reddita est superioris sententiæ in *d. §. omnis, de verb. obl.* ut scilicet cum promisisti Calendis, nec eo die possim petere, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debeat: idest si ad diluendam superiorem obiectionem dicendum est apertius: quia nec eo die debueris: idque ideo quia nec eo die dare necesse habueris. Quod & ipsum recte placuit. Ut enim convenit, ut Calendis dares: ita dum totus is dies tribuitur ad solvendum, hoc ipsum convenisse intelligitur, ut posses toto eo die libere dare. Non potest autem hoc tibi esse liberum, si eo die a te invito peti & exigi potest.

III. Hæc sententia generalis est, perti-

nens

1) Nisi debitor labatur facultatibus, vel timor fugæ aut dilapidationis. Tunc enim & ante diem capi & ad cautionem præstandam compelli potest *L.* 41. *de iudic.* Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 3. *n.* 106. Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Fama. C.* 13. *n.* 10. Bron. 1. *Ass.* 70. Quod Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 57. restringit, nisi ipso tempore contractus æque suspectus fuerit, quia tunc sibi imputet creditor, quod cum eo contraxerit.

nens ad omnem conventionem non solum quæ fit in diem tantum, sed etiam quæ fit sub conditione, si modo etiam fit in diem. Itaque quod dicitur in conditionalibus conventionibus, cum quid sub conditione promissum est, conditione exsistente committi stipulationem, & statim agi posse. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl. L. cedere*, *D. de verb. signif.* perpetuo hoc sic accipiendum erit, nisi & stipulatio diem habeat, quo promissor quid dare aut facere possit, quo petitionem evitet. Quod declaratur exemplo in [a] *L. in illa*, 8. *D. de verb. obl.* in stipulatione huiusmodi; *Si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* fac Stichum ante Calendas mortuum. Non dubium est, quin extiterit conditio in non faciendo posita, cum homine mortuo certum esse cœperit eum amplius dari non posse. Num ergo commissa stipulatione statim agi poterit etiam ante Calendas? Placuit non posse; quia tota obligatio sub conditione & in diem collata esset: & licet [3] ad conditionem, idest secundum conditionem, vel quod ad conditionem attinet, committi obligatio videatur; dies tamen superest, qui exspectandus est.

IV. Hactenus ergo minus est in conventione in diem collata, quam in pura, quod hæc petitionem præsentem habet: illa non habet. Sed petitione detracta, obligatio etiam ante diem est communis. Et hoc est: in diem promissum, etsi ante diem peti non potest, [4] debetur tamen. Et ut aliis verbis hoc idem exprimunt veteres, præsens hic obligatio est, in diem autem dilata solutio. *L. centesimis*, 46. *D. de verb. obl.* Item, ubi in diem obligatio est, non venit dies, cessit tamen. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* ut dicatur cedere dies, qui progredi & procedere

a) Cui graviter obstare creditur *L.* 10. *eod.* Et Hot. quidem 2. *Amicab.* 22. dissensionem relictam conqueritur. Rationes vero eorum, qui diem expectandum censuerunt, fuisse. (1) Quia præter conditionem, etiam in diem collata obligatio *d. L.* 18. *h. & L.* 10. § 1. *Si quis caut.* (2) Quia status obligationis, cui dies certus ab initio definitus, ex post facto non immutatur *L.* 154. *h. tit.* Contra alios sensisse *L.* 10. *L.* 113 *L.* 115. *L.* 72. §. *ult. h. t.* ea ea ratione, quia caussa dilationis sublata dilatio quoque sublata censeatur. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 32. ita: Si dies adiectus dispositioni ex. gr. Promitto 10. intra annum si navis ex Asia venerit, requiritur quoque lapsus diei *L.* 103. *de cond. & dem* (quæ pars dubio pene vacat.) Sin conditioni, tunc dies expectandus, quando conditio pendet ex facto & voluntate debitoris, ut *d. L.* 8. *h. t.* Non vero si pendeat ex facto alterius vel casu *d. L.* 10. Nisi adiecta sit dictio extremitatem temporis significans; Ut si intra annum hoc contigerit promitto 100 *L.* 4. §. 1. *de cond. & dem.* Convenit fere Donellus noster *ad d. L.* 8. & 10. coniunctas. Non semper die conditioni præstituto obligatio in diem collata. Sed dist. Aut conditio collata in personam & voluntatem promissoris: & dies adiectus efficit ut sit conditionalis pariter ac in diem obligatio. Ut si intra Calendas Septemb. non dederis, 10. dabis. Obiic. At hic non adiicitur dies quo pecunia solvatur, Ergo &c. §. 2. *I. de V. O.* Respon. imo. Licet tacite. Actum enim ne det 10. si Cal. Stichum dederit. Ac tota conditio promissoris caussa adiecta pro eius commodo accipienda, ad differendam pœnæ petitionem. Nam non necesse est ut statim Stichum det, sed potest dare Calendis, ad hoc ne 10. peti possint. Nec si Stichus viveret ante Cal. peti possent 10. etsi debitor eum dare nollet. Idem igitur eo mortuo. Aut in casum vel personam extranei, si navis intra Cal non redierit; Si Titius intra Cal. in Italiam non venerit, ac stipulatio committitur non exspectato die, postquam certum id fieri non posse, nave submersa, Titio mortuo. *d. L.* 10. *L.* 4. *de cond. & dem* quia non est adiectus, quo solvatur, nec verbis, ut liquet, nec sententia, quia promissoris caussa non adiectus: nec intra eum quidquam ipsi facere licet ad evitandam pœnam, ut in priori casu. Nisi vocula *tum* adiecta *d. L.* 4. §. 1. cuiuivis ea, ut promissioni dies adiectus sit. Nec in effectu fere alia Cuiacii solutio *ad d. L.* 8. quia *in d. L.* 8. adscriptus solutioni, quippe promissoris gratia *in d. L.* 10 soli conditioni nec promissoris differendæve solutionis caussa: vid. idem 8. *Obs.* 9. Alter Rob. 1. *Animadv.* 16. Vasq. 3. *ill. Contr.* 95. Connan. 6. *Com.* 3. *n.* 13. Pac 7. *Q.* 26

3) Cuiac. 1 *Obs* 22. 9. *Obs.* 27. *& ad d. L.* 8. *& 3. not* Merc. 28. pro *ad conditionem* legit *ante diem conditio*, errorem ex notis a Triboniano non intellectis ortum sentiens Sed recte notatur a Rob. 3. *Animad.* 28. Ræv *ad L.* 14. *de R. I.* P. Fab. 2. *Semestr.* 16. Duar. & Donell. *ad d. L.* 8. *n.* 5. Quis enim unquam dixit committi conditionem, maxime, ait Rævardus, si non tam existas, quam evanescat. Stipulatio & pœna committi dicuntur, non conditio, quin phrasis elegans *ad conditionem*, pro quantum attinet ad conditionem. Sic Cic. *Paradox. ult.* ad opinionem *de Arusp. Respons.* 2. *Acad. QQ. &c.* Don. *d. loc.* Vel ut Ræv. ad conditionem committi, est ab ea conditione sive adimpleta sive deficiente obligationem initium sumere. Ut sensus sit. Licet evanescente conditione incipiat deberi & cesserit dies, nondum tamen venit, ideoque peti nequit. Quamquam non usquequaque arridet quod Rævardus hic evanescere conditionem scribit. Conditio enim quæ in non faciendo, si id non fiat, per hoc impletur, non evanescit. Evanescit autem, vel deficit conditio in faciendo seu affirmativa, si quod fieri debuit, non fiat. Existentia conditionis præbet initium obligationi, defectus eiusdem facit ut nulla contracta videatur.

4) Cuiac. 25. *Obs.* 12. Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 31. P. Fab. *ad L.* 14. *de R. I.* Rob. 1. *Sent.* 26. Hopper. *Lib.* 2. *ψευδαναν bag.* 36. Dies adiectus non pertinet ad verba promissionis, nec substantiam eius vere respicit, quia tempus non est modus inducendæ obligationis *L.* 44. §. 1. *de O. & A.* Sed ad verba exsecutionis, quæ sui natura dilationem recipiunt. Obligatio est iuris, exsecutio facti. Nec probo quod Iac. Scult. *in Add ad Mod. Pist. P.* 1. *Q.* 1. *n.* 7. qui in diem debet non proprie debitorem esse contendit per *L.* 46 *de leg.* 2. Ibi enim verba *dare facere oportet*, non obligationem spectant, sed actionem. Hæc enim usitata condictionum formula erat: Aio te mihi dare facere oportere. Nata equidem & ante diem actio quæ obligationi coniuncta, sed non eo usque provecta ac adulta, ut in forum prodire ac vim suam exerere possit, ait Hopper. *d. loc.* Recte. Non tamen ideo necesse est exceptione se tueatur, atque actionem elidat debitor, ut Mercer *in Conciliatore*, *p. m.* 713. *& seq.* Rob. 1. *Animadv.* 16. perperam huc trahens *L.* 24. §. 2. *Locati*. Ibi enim actio vere efficax. Vult. *in* §. 2. *I. h. t. n.* 5. Phil. Matth. *ad L.* 14. *de R. I. n.* 18. & quodammodo Gomez. *d. loc. n.* 21. qui tamen sibi fere non constans *n.* 24. scribit agentem ante diem posse iudicis officio repelli, si ex actis constet in diem esse obligationem, parte non opponente. Tantum vero abest istud probet §. 3. *I. h. t.* ceu puta Vulteius, ut evertat potius. Dispar etenim ibi caussa statuitur illius stipulationis decem annos, quoad vivam dare spondes; ab obligatione in diem &c. ut intuenti apparet Quin *d.* §. 2 *I. eod* aperte peti non posse, & *d. L.* 42. *h. t. & L.* 98. § *ult.* non recte peti, male agi *L. un. in fi. Quando. us. leg ced.* non posse agi *L.* 9. *pr. de reb. cred.* Actio igitur ipso iure denegatur Tametsi eadem vere nata sit, tanquam effectus caussæ, obligationi cohærens. Quin argumento, præter alia moveor, *ius* ut genus in definitione actionis, nec facultatem nec formulam denotare posse: vid. *infra Lib.* 19. *Cap.* 1. *N.* 4.

dere incipit eo usque donec ventum sit ad eum diem, qui solutioni dictus est. Quod ergo Ulpianus in *L. eum qui Calendis*, 41. §. *ult. de verb. obl.* ita scribit, diem adiectum efficere, ne praesenti die pecunia debeatur; verbum debendi sic accipiendum est, ne debeatur cum effectu, idest ita, ut peti possit; quomodo debendi verbum, cum proprie loqui volumus, usurpari solere superiore capite diximus. *L. debitor, D. de verb. signif.* Sed usus obtinuit, ut generali debendi verbo contineatur omne, non solum quod iure civili debeatur, sed etiam quod natura tantum; quanvis hoc posterius magis per abusionem dicatur, quod tale est, ut peti non possit. *L.* 3. §. *ult. D. de pec. const. L. in diem*, 10. *D. de cond. ind. L. fideiussor*, 16. §. 1. *D. de fid.* Nec unquam prior illa significatio sola accipitur, nisi cum res & loci circumstantia ostendit de eo scriptorem sensisse quia res alii debito convenire non possit: ut in superiore definitione Ulpiani, quae ex aliis notis declaratur ad id tantum genus referri posse.

V. Neque vero si in diem promissum ante diem peti non potest, ideo obligatio quam interim subesse dicimus, est inutilis; ne forte petitione detracta inanem quaestionem esse putemus, an nihilominus inde debeatur. Non prodest obligatio ad petitionem: at prodest ad ea commoda complura, quae obligatio & debitum omne praeter petitionem secum adfert cum stipulatori, tum promissori. In eo stipulatori haec commoda sunt. Si subest interim debitum, & praesens obligatio: debitum novari potest, etiam ut praesens fiat obligatio ex novatione. *L.* 1. *L.* 5. *D. de novat.* Constitui potest, & quidem ita, ut etiam ante diem principalis obligationis ex constituto debeatur, si modo id actum sit. *L.* 3. §. *ult.* & *L.* seq. *D. de pec. const.* Solutum ante diem quanvis per errorem repeti non potest, quia recte solutum, & fuit debitum. *L. in diem, D. de cond. ind.* Promissori autem ex ea re hoc est commodum, quod si videtur ei solvere ante diem, licet, & cum solverit, iure liberatur. Et quidem si volens creditor solutionem admiserit, nemo dubitat. Posuimus enim etiam ante diem fuisse debitum quod datur. Constat autem solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. toll. obl.* At quid si creditor recuset accipere, quod offertur, quod dicat praemature & ante tempus iustum solvi? Licetne etiam invito eo ante diem solvere? Quaestio in eo est, cuius caussa dies adiiciatur, debitorisne, an creditoris, an utriusque. Nam si quo modo adiicitur creditoris caussa, ante diem invitus accipere non cogitur. Ius enim ei semel stipulatione quaesitum invito auferri non potest. *L. habere*, in fin. *D. de evict. arg. in L. ult. D. de pact.* Sed constat diei adiectionem pro reo esse non pro stipulatore. *L. eum qui Calendis*, 41. §. *ult. D. de verb. obl.* Quo fit, ut cum debitor ante diem solvere volet; quia debitum solvit, & licet ei dilationi pro se introductae renuntiare ex perpetuo iure, *L. pen. C. de pact.* possit etiam id facere creditore invito. Idque ita duobus locis expressum est, puta *L. quod certa, D. de sol. L. stipulatio ista*, 38. §. *inter*, *D. de verb. obl.* In hanc sententiam consentiunt omnes superiorum aetatum interpretes. Nec mirum, cum & superiores loci hanc ipsam tam aperte exprimerent, & ratio ipsa etiam invitis extorqueret. Exstiterunt tamen nostra aetate, qui hanc sententiam in dubium vocarent, & dicere auderent promissorem ante diem invito creditore solvere non posse. Quorum opinionem refelli pluribus ad *d. L. eum qui calendis*, §. *ult. de verb. obl.* Quod cum fecerim accurate, & ut confido, bonis & doctis probarim, non est, cur hic quidquam mutem, aut etiam inculcem odiosius. Inde ergo sumere licebit, quod huc transferatur.

CAP.

C A P. IX.

Quæ conventiones sint in diem.

I. EX hoc iure nascitur de re de qua ius hic constitutum est, quæstio eaque duplex. Una, quæ sint conventiones in diem. Altera, in quem diem, si forte de eo dubitetur (ut nonnumquam ex conceptione diei de eo dubitari solet) quo scilicet eum diem exspectari & præteriri oporteat ex supra scripto iure, priusquam petitio nascatur. Quæ conventiones sint in diem, breviter & commode definitum est sub specie stipulationis in §. *omnis*, vers. *in diem*, *Inst. de verbor. obligat.* Ut sic conventio in diem, cum adiecto die, quo pecunia solvatur, conventio sit: veluti, decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? Ergo huius rei definitio tria desiderat: Ut sit dies; Ut dies, quo pecunia solvatur; Ut is dies conventioni adiectus. Quæ singula distincte expendemus.

II. Primum hoc genus conventionis diem desiderat. Diem hic certum accipere debemus. Nam dies incertus etiam in conventionibus conditionem facit. In legatis quidem semper: *L. dies*, 75. *D. de verb. obl.* In contractibus autem ita, si sit plane incertus, id est talis, de quo incertum sit, an exstiturus, necne, puta, cum Titius venerit, cum Titius ad vigesimum annum pervenerit. *L. quodcumque*, 45. §. *pen. D. de verb. obl.* Sed de eo in conditione amplius, postquam hic dies ad conditionem pertinet. Neque otiosum est diem certum isto modo ab incerto distingui. Effectus hic est, ut quantum intersit inter conventionem in diem, & eam quæ fit sub conditione: tantum intersse intelligamus inter conventionem in diem, & eam quæ fit sub incerto die, seu in diem incertum. Unde est, quod dicitur in diem debitor adeo debitor esse, ut ante diem solutum repetere non possit. *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.* Quod constat plane contra observari in eo, qui quid debet sub incerto die. *L. sub conditione*, & *L. seq. D. eod.* Cur ergo conventio in diem dicitur ea tantum, quæ est in diem certum, non etiam ea, quæ est in diem incertum, cum dies incertus non minus sit dies: denique cum diei verbum genus sit, cuius species sint, dies certus, & incertus? Fit hoc per excellentiam nominis, cum *proprie* in diem dicitur, quæ solum est in diem, nullam partem aut vim conditionis admistam habens. Ea autem solum talis est, quæ est in diem certum. Nam quæ fit sub incerto die, vi ipsa magis est sub conditione, aut certe ita in diem, ut sit etiam sub conditione. Quo nomine ab iis conventionibus, quæ sunt in diem certam, pene toto genere distinguitur.

III. Non simpliciter dies adiectus conventionem in diem facit, sed dies quo pecunia solvatur ex definitione. Proinde quicumque dies adiicitur conventioni, non diffe-

differendæ solutionis & actionis caussa; is non differt obligationem, nec facit conventionem in diem, quam quærimus. Quod species eorum dierum declarabunt.

IV. Diei conventioni adiecti quatuor sunt species. Aut enim adiicitur dies finiendæ obligationis caussa; aut multiplicandæ; aut temperandæ & restringendæ conditionis; aut solutionis & actionis differendæ. Tria genera priora obligationem & solutionem non differunt; solum postremum differt, id quod supra posuimus, & quod definitio superior exigit.

V. Finiendæ obligationis caussa dies adiicitur, cum aliquid promittitur usque ad certum tempus; veluti dabis usque ad Calendas Martias? dabis, dum vivam? quod genus conventionum dicitur esse non in diem, sed ad diem, seu ad tempus: ut sit, usque ad diem, usque ad tempus, non longius, ut & similia legata. *L. obligationum*, in pr. *D. de obl. & act. L.* 4. *D. de servit.* In hoc genere præsens obligatio est, & pure facta intelligitur, ut est in §. *at si ita, Inst. de verb. obl.* Nempe ideo, quia non adiicitur dies is, quo pecunia solvatur, quod requirimus. Et certe apparet verbis tantum id agi, ut quæ semel recte cœpit, tempore finiatur præstatio. Ac finitur non ipso iure, sed ita, ut si post tempus constitutum agatur, pacti vel [1] doli mali exceptione occurratur. *d. L. obligationum, de obl. & act. d. §. at si ita, de verb. obl. d. L.* 4. *D. de servit.*

VI. Multiplicandæ obligationis caussa dies adiicitur, cum eadem summa aut diversæ res per longum tempus, puta dum vivam, promittuntur, leganturve in singulos annos, vel quotannis, in singulos menses, vel quot mensibus, in singulos dies, vel quot diebus, aut decem annua, menstrua, quotidiana. In hoc genere placet singulas præstationes initio cuiusque anni, mensis, diei ita cedere, ut & peti possint, non finito anno, mense, aut die, de quibus cautum est: atque ita fiat, ut sit in omnibus singularum præstationum præsens obligatio & actio. Hoc in legatis annuis & similibus qualia retulimus, diserte traditur in *L. nec refert*, 11. *L. nec semel*, seq. in pr. & §. *novissime, D. quand. di. leg. ced.* In conventionibus autem huiusmodi traditur non obscure in *L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc. L. eum qui ita*, 56. §. *qui ita stipulatur, decem, D. de verb. obl. d. §. at si ita, Inst. eod.* Et tamen si stipulor hoc anno, aut hoc mense mihi dari; placet nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis non recte peti. *L. qui hoc anno*, 42. *D. de verb. obl. §. pen. Inst. de inut. stip.* Quid ergo interest, dicat aliquis, ad significationem verborum, & dilationem obligationis, utrum stipuler hoc anno, an vero his annis sequentibus, quibus singulis id agatur, ut dare debeas? Multum vero interest: atque adeo hoc ipsum, quo distinguuntur conventiones quæ in diem sunt, ab iis quæ non sunt in diem. Nam cum semel stipulor unam summam, si præsenti die deberi volo, inutiliter adiicio hoc anno. Quare si adiicio, neque otiose, non potest dies alius rei caussa adiectus intelligi, quam ut sit dies, quo pecunia solvatur, ac propterea conventio in diem. Cum autem eadem summa promittitur, legaturve in singulos annos: quibuscumque verbis exprimantur anni sequentes, apparet quo spectet ista annorum expressio. Nempe huc spectat, ut repetatur, & multiplicetur per tot annos præstatio, quæ alioqui non expressis annis una tantum futura erat. Quæ expressio plurium annorum repetendæ & multiplicandæ præstationis caussa adiecta est, ea inchoandæ solutionis, id est alterius rei, caussa adiecta esse dici non potest. Sic ratiocinatur Iulianus in *d. L. eum qui ita*, 56. §. *qui sibi, D. de verbor. obligat.* qui cum eum qui sibi aut filio suo dari stipulatur, dixisset manifeste personam filii in hoc complecti, ut ei recte solvatur: sic deinde colligit non videri patrem personam filii apprehendisse obligationis acquirendæ gratia, quem constat apprehendisse solutionis caussa. Quocirca bene illis versiculis res comprehensa est, qui referuntur ab Accursio in *d. §. at si ita, Inst. de verb. obl.*

Annua si debes, tunc inspicies caput anni,
Anno si debes, in fine teneberis anni.

Vide quæ disseruimus in hanc sententiam ad *L. qui hoc anno*, 42. *de verbor. obligat.*

VII. Temperandæ conditionis tantum caussa dies adiicitur in huiusmodi stipulationibus, Si Titius intra Calendas Martias in

[1] *L.* 56. §. 4. *h. t.* ubi tamen exceptionis pacti conventi mentio lo. Saporta *Tr. Mora C.* 2. *n.* 61. quæ non pugnant, quia omnis in factum exceptio ex accidenti potest fieri doli mali *L.* 2. §. 5. *de doli exc.* Gœd. *de Contr. stip.* C. 7. *Concl.* 5. *n.* 124. Qui & *ibid. n.* 120. *& seq.* aliam statuit conventionem ex die, ubi non nisi eo exacto nascatur obligatio, quia vocula *ex* designet ortum cuiusque rei.

in Italiam non venerit, decem dabis? Apparet hic diem non adiici, quo pecunia solvatur aut quid fiat a promissore: cum & factum & faciendi dies conferatur in personam Titii extranei, qui ad obligationem nihil pertinet: sed tantum adiici temperandæ & restringendæ conditionis caussa: quo scilicet intelligeretur non esse satis ex conditione, si Titius quandoque veniat in Italiam: sed adventum eius huc adstringi, ut venire debeat intra Calendas. Ideo ut in stipulatione, quæ fit sub conditione tantum, non etiam in diem, recte significatur in *L. hoc iure*, 10. *D. de verb. obl.* si exploratum esse cœperit Titium ante eum diem in Italiam venire non posse, statim agi posse, quia tum conditio exstiterit: neque esse exspectandas Calendas, quia is dies obligationi iniectus non fuerit. Non idem placuit, si hoc genus conditionis addito eodem die collatum sit in factum ipsius promissoris. Ut si ita stipuler, Si Calendis Stichum non dederis, Si Capitolium intra bienninm non ascenderis, decem dare spondes? placet utramque stipulationem ita sub conditione contractam videri, ut sit etiam in diem: ut quanvis in utraque ante diem conditio exstiterit, illic quidem Sticho ante mortuo, ut iam dari non possit: hic autem te mortuo, ut certum sit te in Capitolium ascendere non posse: non tamen statim agi possit, sed sit exspectandum, donec & illæ Calendæ, & hic biennium prætererit. *L. in illa*, 8. *L. veluti*, 27. §. 1. *D. de verb. obl.* Cur hæc tam varie? quia in his posterioribus stipulationibus dies conditioni insertus adiicitur eo, ut pecunia etiam eo die solvatur. His enim verbis, Si Stichum intra Calendas non dederis, si intra biennium Capitolium non ascenderis, decem dabis? hoc dici intelligitur, intra eam diem Stichum dabis, Capitolium ascendes, aut decem dabis? ut appareat eundem diem ei pecuniæ promissæ iniectum videri, quoties in potestate promissoris ponitur, ut ei liceat intra cum diem aliquid dare, aut facere, quo principalis pecuniæ præstationem [2] evitet. Hoc tamen ita, si conditio utiliter adiecta fuerit; quales sunt superiores, Si intra Calendas Stichum non dederis, Si intra eum diem Capitolium non ascenderis. Alioqui si ita stipuler, Si intra Calendas digito cœlum non attigeris, placet statim agi posse. Tantum ideo, quod certum sit iam ab initio, te in cœlum ascendere non posse. *d. L. in illa*, 8. in fin. *D. de verb. obl.* Et tamen conditio collata est eodem modo in factum promissoris, & eundem diem faciendi adiectum habet. Sed conditio adiecta est inutiliter: atque adeo nulla est ea, quæ rem in casum non suspendit: qualis est hæc, quam certum est iam evenisse, ut dicitur: quod si ipsa per se conditio tota inutilis est, erunt inutiles & singulæ eius partes: pars autem conditionis huius est dies. *arg. in L. 1. §. editiones, Inst. de edend.*

VIII. Solus igitur restat dies, qui conventionem in diem faciat, cum ita adiicitur, ut eo die solvatur: seu cum adiicitur, solutionis & actionis [3] differendæ caussa, ut loquitur Papinianus in *L. liber*, 118. §. 1. *D. de verb. obl.* Hæc verba quo pecunia solvatur, sic accipere debemus, ut pecuniæ verbo significetur res omnis, quæ ex conventione præstanda est. Sive sit pecunia numerata, sive fundus aut res alia corporalis, sive etiam non res, sed facta promissa. Nam & faciendi conventiones præcipue diei dilationem recipiunt. *L. interdum*, 73. *L. si ita stipulatus*, 14. *D. de verb. obl.*

IX. Interdum tamen ne hoc quidem adiecto die, quo pecunia solvatur, conventio est in diem, aut differtur petitio. Alias genus diei, alias natura negotii prohibet. Genere diei unus dies exceptus est, quo adiecto nihilominus præsens est obligatio. Is est hodiernus dies, cum scilicet ita stipulor, decem hodie dare spondes? Hanc conventionem Papinianus sic accepit, ut non esset in diem ne hodiernum quidem. Is enim respondit in hac specie vel eodem die pecuniam peti posse. *L. liber*, 118. §. 1. *de verb. obl.* Quod non fieret, si in hanc diem obligatio collata esset. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Id autem probat a repugnantibus, hoc modo: Non est ea conventio in diem, in qua id agitur, ut præsenti die pecunia debeatur. Pugnant enim inter se conventioni diem appositum esse, & ex ea præsenti die deberi, ut indicat regula iuris. *L. in omnibus obligationibus*, *D. de reg. iur. L. eum qui calendis*, 41. §. *ult. D. de verb. obl.* At cum stipulor hodie mihi dari, apparet id agi, ut præsenti die mihi debeatur. Non est igitur hæc stipulatio in diem.

X. Negotii natura evenit, ut dies certus

2) Vid. *C. praced. N.* 2. quæ huc referri potuerunt, & retulisse mallem.

3) Dilatio in conventionibus in diem non ad substantiam obligationis spectat, sed rei favore adiecta, non ut nondum debitor sit, sed ut intermedio tempore facilius solutionem parare possit, Rob. 1. *Sent.* 26. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 31.

tus adiectus quo pecunia solvatur: tamen obligationem non differat in diem, in una specie depositi. Nam si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas; & tecum & te mortuo cum herede tuo possum depositi agere. Et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero ego & heres meus agere depositi, mutata voluntate. Hoc in *L.* 1. *§. pen. D. depos.* Recte in deposito: quia totum hoc genus contrahitur deponentis gratia: proinde & eius gratia dies depositi repetendi. Quapropter liberum est illi eum diem exspectare, si videtur; & si videtur non exspectare: cum liceat unicuique iis quæ pro se introducta sunt, renuntiare. *L. pen. C. de pact.* Adde, quod cum omnis conventio inventa sit, ut acquirat quisque quod sua interest; necesse est esse inutilem ei, cuius id de quo cautum est, servari nihil intersit. *L. stipulatio ista*, 38. *L. alteri. D. de verb. obl.* Perspicuum est autem nihil interesse depositarii diem depositi reddendi exspectari. Quinimo contra eius interest depositum reddi primo quoque tempore, ut molestia custodiæ, & periculo omni liberetur. Nihil habet igitur quo depositum ex conventione superiore retineat. Qui si cum eius nihil intersit, nihilominus velit retinere eandem custodiam, recte ei dicetur suspectam esse eius operam, qui eum ingerat invito. *L. quæ omnia*, 27. *D. de proc.*

XI. Cæteris in diebus & caussis dies certus adiectus, quo pecunia solvatur, conventionem facit in diem: quo die differtur solutio & actio. Sed ita, inquam, dum is dies adiectus sit conventioni. Quod erat tertium in definitione superiore. Adiicitur conventioni dies partim aperte, partim tacite. Aperte, cum exprimitur. Tacite cum inest re ipsa, quanvis non expressus. Nam & hic dies non minus recte adiectus dicitur, ut intelligamus hunc quoque ad definitionem conventionum in diem pertinere. Sic vocatur diserte in *§. loca*, *Inst. de verb. obl.* Exprimitur dies, ut in his formulis usitatis: Dabis Calendis, intra Calendas, post Calendas Martias? dabis hoc anno, hoc mense, proximis nundinis? dabis intra biennium, post duos tresve annos? quales videre est in his locis. *§. omnis*, *Inst. de verb. obl. L. in illa*, 8. *L. si ita*, 12. *L. qui ante* 13. *L. veluti*, 27. *§.* 1. *L. qui hoc anno* 42. *L. eum qui certarum*, 138. *D. de verb. obl.* Exprimitur & in hac stipulatione, quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare spondes? Responsum hic est, eum qui ita stipuletur, videri non hodie stipulari, sed sua die, hoc est Calendis. *L. qui sic stipulatur*. 47. *D. de verb. obl.* Nempe quia quod Calendis dare promisisti, non oportet te dare, nisi Calendis. Nunc autem hæc verba erant, quod te dare oportet. Vide quæ scripsi ad eam. *L. qui sic stipulatur*, 47.

XII. Inest dies non expressus, aut iure ipso, aut vi & potestate conventionis. Iure ipso in [4] pecunia constituta. Aut enim constituitur quid nominatim in diem, aut si dies non adiiciatur, sic edictum prætoris de constituta pecunia acceptum est a veteribus, ut inesset modicum tempus ad exigendum. Quod decem dierum statuerunt. *L. promissor Stichi*, 21. *§.* 1. *D. de pec. const.* Vi & potestate conventionis dies inest, quoties quod promittitur, aut ipsum per se, aut eo modo quo promissum est, præstari non potest natura, nisi spatium aliquod temporis præterierit. Id autem accidit aut ex re promissa, aut ex loco quo quid ut præstaretur, convenit. In rebus duo sunt genera earum, quæ hanc dilationem natura sua inducunt; opus faciendum; & res danda, quæ loco moveri non potest, ut fundus, interdum & servus, de quo idem convenerit.

XIII. Opera quæcumque statim perfici non possunt, ut est ædificatio insulæ, fossæ fossio, quanvis pure & simpliciter verbis promissa, tamen dilationem obligationi afferunt, ut non ante agi possit ex ea caussa, quam tempus præterierit, quo ea per rerum naturam præstari possint. *L. interdum*, 73. *L. si ita stipulatus*, 14. *D. de verb. obl.* Quod tamen sic accipiendum est, si agatur in id quod interest ob id, quia totum opus de quo convenit factum non sit. Quod si mora facta in parte aliqua eius operis aliquid damni ex ea re nobis sit: licet etiam & de ea parte [5] agere

4) Cuiac. *ad L.* 41. *§. ult. h. t.* Omne, ait, constitutum est ad diem, idque constituendi verbum significat. Sed Donellus noster *ibid. n.* 33. dies hos ex interpretatione constitutos, nec ex verbi significatione, aut constituentium usu, qui modo pure, modo in diem, aut sub conditione constituere solent, hoc tempus decendiale dari, sed ex mente prætoris, leniendæ actionis gratia, quod oneraretur constituens, hac ipsa constituti actione in eum ex nudo pacto contra iuris regulam data. Ex qua etiam ratione et qui semel in mora accipiendi illa actio denegatur. Absit vero ut cum Ant. Fab. 15. *Coniect.* 4. vers. *sed modicum* &c. ad *d. L.* 21. *§.* 2. Triboniani adiectionem ineptam dicamus, ab eodemque verba *potest quidem dici*, pro verbis ICti *verius est* submotis, subrogata afferamus.

5) Agi non potest *d. L.* 14. videlicet ad id quod interest insulam ædificatam; potest tamen ob moram agi *d. §. ult.* id est ob non inchoatam insulam. Moratum tantum est in eo quod præterit. Futuri operis dies nondum venit. Don. *ad d. L.* 14. *n.* 4. & fere Pac. 7. Q. 26. Et eum quoque sensum vulgo tradi refert Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 31.

gere in id quod nostra interest moram in ea parte perficienda factam non esse. Ut si proponas calcem, arenam, cæmenta, tigna ad eam partem parata corrupta esse vel imbribus vel alio casu, aut aliter amissa, dum faber his ad eam partem perficiendam in tempore non utitur. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. §. *ult. D. de verb. obl.* Sed ut ex stipulatione operis faciendi ante agi non potest, quam spatium ad faciendum præterierit: ita cum præterierit, statim & sine alia interpellatione aut conditione incipit ex ea caussa actio. *d. L. interdum*, 73. *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. verf. *Celsus, eod.* Ex quo apparet stipulationes & conventiones omnes huiusmodi factorum, in diem esse, non sub conditione: ut ex quibus ita maxime agi possit, si factum non sit, quod debuit ex conventione. Aliter atque si quis fructus, aut quod in utero est, stipuletur. In quo genere inest hæc conditio si hæc nascantur, atque his non natis tanquam deficiente conditione stipulationis, nihil debetur. *L.* 1. §. *ult. D. de cond. & dem.* Quod ideo monendum fuit hoc loco, quia Paulus in *d. L. interdum*, in dilatione tacite accipienda comparat stipulationem partus ac fructuum, & stipulationem domus ædificandæ: quasi in his eadem sit dilatio. Quod non ita est. Neque tamen eo minus recte comparat. Hactenus enim id facit quod ambæ ex re ipsa dilationem capiunt, ut ipse loquitur, quod & verum est. Sed distant in genere dilationis; quod illa partus & fructuum sub conditione est: hæc faciendi tantum in diem, ut dixi.

XIV. Fundi quoque dandi stipulatio diem tacitum habet. Continet enim id spatium, intra quod traditio fieri possit: placetque prius quam id præterierit, agi eo nomine non posse: hoc diserte in §. *ult. Inst. de inut. stip.* Accidit hoc rei natura. Nam cum fundus sit res immobilis, & certo loco contineatur, quo moveri natura non potest: necesse est etiam in stipulatione fundi dandi locum inesse, quo loco is fundus tradi possit; quando alio loco tradi non potest. Si naturaliter rem geri volumus, Ex loco autem inducitur tempus intra quod in eum locum perveniri possit, ut mox dicetur.

XV. Sed & servi stipulatio idem spatium habere dicitur, intra quod servus tradi possit, ut est in *eod.* §. *ult. Inst. de inut. stip.* Quod tamen cautione indiget. Neque enim simpliciter & in universum verum est, ut de fundi stipulatione recte in universum idem affirmatur. Et quidem si servus conditione personæ, & lege mancipii non prohibeatur, quominus quovis loco a domino haberi possit, ut proinde iure sicut & natura quovis loco possit tradi; de eo sic in universum habendum est, si pure promissus sit, statim eum peti posse, neque ideo differri petitionem, quia forte dicatur esse in fuga, aut procul abesse, & postulet reus expectari, donec tempus præterierit intra quod is servus quæri, & inventus adduci possit, quo actori tradatur. Idemque de omnibus aliis rebus mobilibus pure promissis placuit, ut etiam in servo diserte scriptum est in *L. continuus*, 137. §. *illud, D. de verb. obl.* Sed eveniebat interdum apud Romanos, ut servus conditione personæ morari non posset nisi certo in loco. Quod accidebat iis servis, qui a dominis nominatim ea lege alienati erant, ut vel exportarentur in certum locum, vel ut certo loco haberentur, puta in provincia, non in Italia. Erantque hæ leges ab iratis dominis usitatæ. Quas easdem alienationi servi dictas servari oportebat. *L.* 1. 2. 7. *D. de serv. exp. L. ult. C. si serv. exp. ven.* De hoc genere servorum accipere oportet, quod dicitur in *d.* §. *ult. de inut. stip.* etiam ex stipulatione, hominem dari, non statim agi posse, sed cum tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit. Idque ita facere necesse est, nisi volumus locum ex diametro pugnare cum *d. L. continuus*, §. *illud, de verb. obl.* Neque vero verba loci refragrantur. Etsi enim illic Iustinianus de homine promisso generaliter & indistincte loquitur æque ac de fundo: tamen quod initio dicitur generaliter, satis definitione sequenti explicatur, cum refertur petitio ad id tempus, quo traditio pariter & in fundo & in homine fieri possit. Fieri enim potest pariter in utroque, cum fit natura & conditione rei exigente, ut in fundo. De quo scripsi plura ad *L. eum qui Calendis*, 41. §. *ult. de verb. obl.* in ea parte, quæ est de vi stipulationis puræ. Atque hæ sunt species, in quibus supra dixi mirum videri non debere, si quanvis verbis pura sit conventio, tamen præsenti die pecunia peti non possit. Est enim in his obligatio in diem: quando is obligationi inest, utcumque is aliunde iniicitur, ut ostendimus.

XVI.

31. ut non agatur ad iustam totius operis æstimationem, sed quanti id erit, quod cœptum non fuerit. Quam solutionem infirmam quidem se sentire, ait Curtius, melius tamen in præsens non habere, Cuiac. *ad d. L.* 14. dissensisse hac in re Sabinianos a Proculianis statuit iuste notatus a Rob. 1. *Animadv.* 17. quem vide.

XVI. Ex loco dies [6] inest, cuiuscumque modi res promissa sit, si quid promissum sit dari certo loco: veluti, decem Carthagini dare spondes? Natura enim facit, ut non prius ibi possit dari, quam eo ventum fuerit; & ut eo perveniatur, tempore quod satis sit, opus est. Ita fit, ut semper locus habeat tacite tempus adiectum, quo reus utatur ad pecuniam eo loco dandam. *§. loca, Inst. de verb. obl. d. L. interdum, 73. D. eod.* Adeoque id natura loci exigit, ut si quis Romæ ita stipuletur, hodie Carthagini dare spondes? placeat inutilem esse stipulationem, quia impossibilis sit repromissio. *d. §. loca, L. 2. §. qui ita, D. de eo quod cert. loc.*

6) Hopper tamen *lib. 2. αυθαιρ. pag.* 42. hoc tempus nec ad temperamentum illud quod in pura stipulatione inest (ex DD. sententia per L. 105. *de sol.* vid. *supra C. 7.*) referri posse censet, nec ad dilationem, quæ in conventionibus ad diem. Nam, inquit, etsi ante hoc tempus petatur, loco tamen adiecto, non est pœna plus petitionis; Contra est, si post tempus istud sine loci commemoratione. Quare tempus hic in propriam speciem arbitrariæ actionis cadere putat, & nec ad puras conventiones, nec ad collatas in diem pertinere.

C A P. X.

Die solvendi conventioni iniecto, quam sæpe incertum sit, quis sit hic dies; & quem hunc in omnibus caussis, in quibus de eo dubitatio est, accipere debeamus, ut eum exspectari & præterire oporteat.

Dubitatum sæpius de die conventioni adiecto, quisnam sit. Dubitatio de diebus vel conventione expressis, vel iis qui tacite insunt. I.

In expressis quatuor formularum species dubiæ 1. *hæc:* dabis hoc anno, hoc mense? *an quod ex ista debetur, primo, an postremo die mensis vel anni peti possit, aut debeat.* I. II.

2. *Illa:* dabis ante Calendas Martias. *Num Calendarum initium, aut finis spectandus in petitione.* III.

3. *Eiusmodi:* Calendis Ianuariis, vel Februariis dare spondes? *an huius præstatio pendeat ab electione debitoris, vel sit certa ab initio.* IV.

4. *Ista:* dabis Calendis Ianuariis? *quænam, primæ, vel ulteriores Calendæ sint expectandæ.* V.

De die qui inest, cum aut de opere faciendo, aut emetiendo itinere res est, quo in loco tractaverit auctor. VI.

I. CUm constabit conventionem esse in diem, quod fiet, cum intelligemus eam habere diem adiectum, quo pecunia solvatur, sive expressus sit, sive insit tacite, de quo hactenus: etiam illa quæstio supererit ad explicationem superioris iuris de conventionibus in diem constituti, quem hic diem accipere debeamus, ut sit constitutus, quem hic exspectari & præterire oporteat; postquam ius superius certum exspectari, & præterire iubet priusquam agatur. Hoc autem sæpe dubium, quas conventiones etiam certo conventiones in diem esse constet, in quam tamen diem sint. Exsistit hæc dubitatio nonnunquam, idque in diebus conventione expressis, & in iis, quas tacite inesse diximus. In expressis quatuor fere species formularum occurrunt, de quibus apud veteres dubitatum esse animadvertimus.

II. Una est, cum quid promittitur non uno certo die, veluti Calendis dabis? post annum dabis? ubi significatur is dies, qui eum annum sequetur: sed promittitur certo tempore, quod ambitu suo plures dies complectitur: veluti, dabis hoc anno, hoc mense, nundinis proximis? In his formulis Sabinus putavit primo die peti posse. Proculus contra & eiusdem scholæ auctores, quandiu vel exiguum tempus ex toto eo spatio anni, mensis, nundinarum superesset, peti non posse existimarunt, quæ & sententia obtinuit. *L. eum qui certarum, 138. L. qui hoc anno, 42. D. de verb. obl. §. pen. Inst. de inut. stip.* Hæc dissensio dubitationem de hac specie facile arguit. Ac dubitatio ex ambiguitate orationis nata est. Verum est enim, qui quovis anni, aut mensis die petat, eum hoc anno atque hoc mense petere. Ut hac quidem significatione recte dicatur etiam primo die huius spatii peti posse. Sed idem dici potest & de eo, qui stipulatus est Calendis dari. Nam & eum qui quavis parte Calendarum petet, ve-

rum est Calendis petere. Obtinuit tamen ex hac stipulatione peti non posse nisi finitis Calendis. Quasi totus is dies liber datus sit ad solvendum. *§. omnis, Inst. de verb. obl.* Sit ergo idem iuris in huiusmodi conceptionibus, dabis hoc anno, hoc mense, proximis nundinis? Nihil enim ad figuram verborum interest, utrum stipuler Calendis, an hoc anno. Et hoc receptum esse diximus. Obstabit tamen exemplum earum stipulationum & legatorum, quibus quid promittitur, legaturve annuum, vel menstruum, vel quotidianum; quae cum iisdem verbis concipi soleant; puta singulis annis his, singulis mensibus qui sequentur, dabis; aut heres meus dato; tamen placuit statim initio cuiusque anni, aut mensis agi posse. *L. nec semel, 12. D. quand. di. leg. ced. §. at si ita, Inst. de verb. obl.* Sed non sunt haec similia. De quo supra respondimus in eo die, quem diximus adiici multiplicandae obligationis caussa. Plura & ex professo ad *L. qui hoc anno, 42. D. de verb. obl.*

III Altera species est, cum quid promissum est ante Calendas Martias dari. Si dictum esset, Calendis dabis, aut post Calendas Martias, non dubitaremus; quin ut Calendae continentur his verbis, ita eas quasi liberas reo relictas praeterire oporteret prius quam agi possit. Nunc cum dictum sit, dabis ante Calendas? verbis ad tempus praecedens relatis: quaeritur, utrum his verbis contineatur tantum id tempus quod praecedit Calendas coeptas; an vero contineantur & Calendae. Nam si intelligitur tantum praecedens tempus, hoc praeterito peti poterit Calendis. Sin continentur & Calendae, non potest peti priusquam Calendae praeterierint. Eademque quaestio est, si stipulatus sim mihi dari ante sequentem annum, aut ante proximas nundinas; etiamne hic sequens annus, & nundinae proximae contineantur, ut utrumque praeterire oporteat. Et res definita est in *L. qui ante, 13. D. de verb. obl.* In haec verba, *Qui ante Calendas proximas stipulatur, similis est ei, qui Calendis stipulatur.* Sententia est: his verbis, ante Calendas dabis? non contineri solum tempus, quod praecedit Calendas, sed etiam Calendas ipsas, ut non ante agi possit, quam Calendae praeterierint, quia hoc iuris esset, si stipulatus essem Calendis dari. *§. omnis, Inst. de verb. obl.* Proinde & in hac stipulatione, ante sequentem annum dabis? dicemus etiam sequentem annum contineri; & in hac stipulatione, ante proximas nundinas dabis? etiam contineri nundinas, ut non nisi post sequentem annum, non nisi post nundinas peti possit: quia hoc item iuris foret, si quis stipulatus esset anno proximo, proximis nundinis dari. Sed videri potest hoc prima fronte constitutum a veteribus non solum falso, sed etiam perabsurde, ut pote tanquam contra manifestam naturam rerum, & significationem verborum. Constat contraria esse natura, tempus antecedens, & tempus quod sequitur, proinde & tempus quod est ante Calendas, & Calendas quae sequuntur. Sunt enim haec relata inter se; quorum unum nunquam potest esse alterum. Atqui his verbis ante Calendas, significatur tempus quod praecedit Calendas. Est igitur absurdum dictu eo tempore contineri Calendas, quae sequantur, id est idem esse antecedens & sequens tempus. Et sunt haec ita, si quidem his verbis ante Calendas significaretur solum tempus, quod antecedit Calendas coeptas, id quod in superiore ratiocinatione assumebatur. Sed hoc non ita est. Animadvertendum est enim verba haec, ante Calendas, ante sequentem annum, ante proximas nundinas, esse ambigua; quae ita accipi possunt, ut declarent ante Calendas coeptas; quo sensu non sane aliud exprimant, quam tempus illud solum, quod ista tempora praecedit. Sed possunt etiam sic accipi, ut significent ante Calendas finitas, ante sequentem annum finitum, ante finitas nundinas. Quo modo si oratio accipitur, nemo dubitabit, quin iisdem verbis comprehensae sint Calendae, annus sequens, proximae nundinae, quas easdem praeterire oporteat prius quam agatur. Solum huc res redibat in hac ambigua significatione, ut quaereretur, quid actum esset, & secundum id utrum sumi oporteret. Et posterius sumptum obtinuit. Recte; hic enim usi sunt veteres regula iuris certi, quae est de interpretatione ambiguae stipulationis. In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra r stipulatorem interpretanda esse pro promissore. *L. stipulatio ista, 38. §. in stipulationibus. L. quidquid, 99. D. de verb. obl. L. cum quaeritur; D. de reb. dub.* Est autem pro promissore tempus longius. Sic fit, ut finitas

r) Et diei adiectio pro reo. Hoc igitur actum ut quocunque die ante Calendas velit, solvat & promissio ad Calendas finitas non coeptas refertur. Robert 3. *Animadv.* 29. qui & idem esse statuit in obligatione, Post Calendas, ut hic postridie Calendarum agere possit, *L. annicalus* 132. *pr. de V. S.* ut & Don. noster ad *d. L.* 13. *n.* 4. *&* 5. Diss. Cuiac. ad *d. L.* 13. *&* 3. *not. Merc.* 29. *& seq. uo.*

nitas Calendas, annos, nundinas hic quoque interpretari debeamus.

IV. Tertia ſpecies eſt, cum aliquid promittitur ſub diverſis diebus diſiunctim: ut Calendis Ianuariis, vel Februariis dare ſpondes? Hinc inducitur dubitatio ex iure conſtituto de iis rebus, quæ diſiunctim promittuntur. In qua ſpecie ab initio certum non eſt, quid venerit in obligationem, ſed pendet ex arbitrio debitoris, cuius placet eſſe electionem, quid velit dare. *L. plerumque* in fin. *D. de iur. dot.* Quæritur igitur in eadem alternatione dierum, an rem ſuſpendere debeamus ex hac electione, ut is dies comprehenſus intelligatur quem poſtea debitor elegerit. Et de eo ita placuit, in omnibus diſiunctivis conventionibus cæteris in rebus electionem hanc eſſe debitoris, atque hinc etiam quid venerit in obligationem, pendere: in pluribus ſummis, & pluribus temporibus diſiunctim comprehenſis contra eſſe. In ſummis enim quod minus eſt; in temporibus quod eſt longius, videri iam ab initio in obligationem deductum; ut ſtipulanti decem aut quindecim, ſolum decem debeantur, Stipulanti autem Calendis Ianuariis, aut Februariis, ſolum debeatur Calendis Februariis, *L. ſi ita*, 12. *L. ſi ita*, 109. *D. de verb. obl.* Ideo utrumque, non quod non ſit etiam in his debitoris electio; ſed quod ea iam ab initio certa eſt. Nemo enim dubitat, quin debitor ſi conſulatur, electurus ſit id, quo fiat, ut minus debeat. Id autem eſt in ſummis quod minus eſt; in temporibus quod eſt longius. De quo in rebus a nobis dictum eſt.

V. Quarta ſpecies eſt vicina ſuperiori, cum quis ſimpliciter ſtipulatur ſibi dari Calendis Ianuariis, nec adiicit quibus, primiſne, an ſecundis, an tertiis, & ita deinceps. In quo quæritur quas accipere debeamus primas, an ſequentes, an etiam longiſſimas. Dubitatio ex iure proximæ ſpeciei nata. Nam ſi pluribus temporibus alternatim comprehenſis id tempus accipitur, quod eſt longius; convenire videbatur hoc ipſum & in hac ſpecie accipi. Verbo enim generali Calendarum Ianuariarum ſignificantur omnes Ianuariæ, quæ poſtea ſequentur. Unæ tamen ex omnibus, & verbo generali dicimus omnes ſpecies contineri. *L. ſi ſervitus*, *D. de ſervit. urb. præd.* Sed placuit aliud ſervandum in hac ſpecie, & non modo non longiores, vel longiſſimas eſſe ſpectandas, ſed converſo modo primas. *L. eum qui Calendis*, 41. in pr *D. de verb. obl.* Hoc ideo, quia aliter ſtipulatio [3] ſit inutilis. Nam ſi placet longiores accipi, conveniet accipi longiſſimas; hæ enim ſunt longiores omnibus. At iſto modo exſpectandæ erant extremæ Calendæ huius mundi, ut nihil unquam peti poſſit in hoc orbe, quo modo ſtipulatio ſit eluſoria. Reſtat igitur, ut primæ intelligantur, ſi ſtipulationem ſalvam eſſe volumus. Atque hoc in re dubia ſemper præcipitur eſſe accipiendum, quasi actum inter contrahentes. *L. quoties in ſtipulationibus*, 80. *D. de verb. obl. L. ubi*, *D. de reb. dub.*

VI. Dies quoque qui tacite ineſt, eandem dubitationem recipit. Quibus enim conventionibus hanc diem ineſſe volumus, in his non ſolum quæritur, an ſint in diem: ſed etiam in quam diem, ſeu quem modum temporis huius definiamus. Quod potiſſimum accidit in operibus faciendis, & omni loco quo quid præſtari debeat, ſive aperta conventione, ut cum quid certo loco dari ſtipulamur; ſive rei natura, ut cum ſtipulamur fundum, quem neceſſe eſt ſuo loco tradi. Nam opus promiſſum alii celerius perficere poſſunt, & ſolent, alii tardius. Et in loca conſtituta alii pervenire maturius, alii lentius. Inde quæritur, quodnam ſpatium operi faciendo, & itineri emetiendo ſtatuendum ſit, ut eo tempore exacto agi poſſit ſecundum ius ſupra ſcriptum. Et modus utrique rei conſtitutus eſt, quem ſequamur in *L. continuus*, 137. §. 3 *cum ita*, §. 4 *item quia inſulam*, *D. de verb. obl.* unde petendum eſt.

CAP.

2) Cuiac. *ad d. L.* 41. tametſi Tiraq. *ad L. boves* 89. §. 1 *de V. S. n.* 21. principalem rationem ex *d.* §. 1. ſumendam putet.

3) Iudici nimirum id definiendum, conſideratis circumſtantiis perſonæ, temporis &c. vid. Menoch. *de Arb.* C. 3. *n.* 3. Gœd. *de Contr. ſtip.* C. 8. *Concl.* 6. *n.* 130. Hortenſ. *ad L.* 4. *de eo quod cer. loc.* Et [illegible] quoque conſiderationem temporis ac dinumerationem itineris, quæ in *L.* 3. *de V. S.* attendi debere, vult Gœd. *ad d. L.* 3. *n.* 16. *& ſeq.*

4) Vid. Rob. 1. *Animadv.* 17. Cuiac. 1. *not. Marc.* 17.

C A P. XI.

Conditio quid sit: Quæ conventiones sub conditione.

Quid sit conditio. Ea efficitur ex dilatione & casu. Explicatio utrinsque. I. II.
Conditio conventioni inducitur aut verbis; aut sine verbis inest sua sponte. III.
Verbis: aut exprimitur particula si, vel, nisi, sive, dummodo, alioquin, alias: *quæ prioris illius vim habent.* IV.
Aut significatur, incerto die; & demonstratione promissæ rei futuræ. V.
Die incerto in testamentis & in stipulationibus. VI.
Secus in stipulationibus, cum non omnino incertus est dies; & hic qualis, & quæ differentiæ ratio. VII.
Excipitur dies omnino incertus in hac specie, cum petiero, dare spondes? *& quare. In ista,* dabis, si petiero, *cur non idem.* VIII.
Die incerto & iure obsistente posito non vitiatur conventio. Quid ita. IX.
Ablativus absolute positus, sive participio, seu nomine efferatur, æque conditionem facit. X.
Demonstratione in futurum collata quomodo significatur conditio. Quæ id genus exempla. XI.
Inest conventioni conditio aut ex natura promissi, aut ex persona stipulantis. XII.
Ad prius genus pertinet promissio fructuum, operarum & dotis. XIII.
Ad posterius stipulatio servi hereditarii, vel eius qui habeat dominuum apud hostes. XIV.

I. HOc iure posito, Inducitur quæstio de re ipsa, de qua id ius constitutum est. Constituitur hoc ius de conditione. Quærendum quid sit conditio. Constituitur de contractibus, qui sint sub conditione. Cognoscendum, quinam hi sub conditione. Conditionis vis hæc statuitur, ut ea non impleta nihil debeatur: si impleta sit, tum certum esse incipiat deberi. Et hic locus postulat, ut quando impleta sit, aut non impleta conditio, cognoscatur. De quibus dicam breviter eodem ordine. Quid sit conditio, scripsimus abunde supra *Lib* 8. *Cap.* 30. Tantum hoc loco id teneri oportet, sine quo sequentia facile intelligi non possunt. Meminerimus igitur, conditionem esse orationem & adiectionem omnem, qua eius quod fieri, & in alium conferri volumus præstatio in aliquem casum suspenditur, hoc modo, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, cuius eventus sit incertus. Veluti; dabis, si navis venerit ex Asia; si Titius consul factus fuerit; si in Capitolium ascendero; si illam uxorem duxero: aut contra si quid eorum factum non erit. Descriptio pene expressa in §. *sub conditione, Inst. de verb. obl.* Observemus hac definitione ad conditionem efficiendam duo desiderari: dilationem, & casum. Principio nulla conditio est, nisi quæ rem in futurum tempus differt. *L. itaque,* 39. *D. si cert. pet.* Unde quæ conditiones in præsens, aut præteritum tempus conferuntur, verbo conditiones dicuntur, quia figuram conditionis habent, ut figura conditionis nominatur in *L. Cornelius,* 69. *D. de her. inst.* re vera conditiones non sunt, quia rem non differunt. §. *conditiones, Inst. de verb. obl. L. cum ad præsens, D. si cert. pet.* Ubi de hoc genere fusius scripsimus.

II. Sed dilatio in futurum communis cum conventione in diem. Illud proprium [1] conditionis, ut res differatur in casum, id est in eventum aliquem incertum. Quo loco monendi sumus, incertum even-

1) Pendente conditione substantia contractus & effectus in pendenti est *L.* 213. *de V. S. L.* 13. §. *pen. de pignor.* ibi *cum nihil interim debetur. L.* 43. §. *pen. de adil. ed. L.* 19. *pr. de const. pec. L.* 16. §. *pen. de fidei.* Qui textus, ut alios minus claros præteream, quos adducit Gomez 2. *Resol.* 11. *n.* 28. clarissime probant obligationem non præsentem esse, sed in suspenso. Ex conditionali enim stipulatione tantum spes est debitum iri §. 4. *I. h. t. de V. O.* Vnde Briss. *Lib.* 2. *de Solut. Cap. de Novat. pag.* 386. ridet eos, qui hinc præsentem obligationem nasci tentant, moti *L.* 26. *de stip. serv.* ut fere Cuiac. 25. *Obs.* 19. scribens stipulationis conditionalis diem cedere statim, atque concepta est stipulatio; quod tamen ita vult intelligi, ut dies statim cedat, non simpliciter *L.* 213. *de V. S.* sed cum adiuncto, nempe sub conditione, ut statim debeatur sub conditione, & in heredem transmittatur obligatio conditionalis Sed *ad d. L.* 26. resp. Ioach. Hopperius *Lib.* 2. *rubarûr pag.* 45. ex præsenti vires accipere, ut concepta quidem intelligatur obligatio, sed nondum nata, neque actione sua adaucta, vid. & Pac. 7. Q. 36. Hortens. *ad L.* 13. §. *pen. de pig.* Facit *L.* 78. *de V. O.* Sane contractus conditionalis vere non perfectus, antequam existat conditio: *d. L.* 43. §. *pen. de ad. ed.* aliqua tamen ratione perfectus dici potest. Vid. Tiraq. *dd. Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 10. *n.* 45. Nec enim pendente conditione licet alteri, invito altero, a conventione abire. Agi autem ante eventum conditionis

eventum in contractibus intelligere nos eum, qui plane sit incertus: eum autem esse, de quo incertum sit, an exstiturus sit, necne: ut si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus fuerit, si Capitolium ascenderis. Quod si certum erit exstiturum esse, quamvis incertum sit, quando exsistat: tamen pro conditione non habetur. Denique res conditione non suspenditur, sed mora: Veluti, si stipuler mihi dari, si moriar, aut si morieris, aut si Titius morietur. *L. quod si ea*, 18. *D. de cond. ind.* Neque aliam significationem habet, quod ita definit Ulpianus in *L. si pupillus*, 9. §. 1. *D. de novat.* qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari. Si pure, non est utique stipulatio sub conditione. Sed ait stipulatum videri, quia re vera qui ita stipulatur, non stipulatur pure per omnia: sed hactenus solum, ut certum sit aliquando debitum iri. Cæterum stipulatio est in diem mortis, ante quem conventio prohibet quidquam peti. Alia caussa est legati in mortem heredis, aut alterius collati. Sed de eo mox in die incerto plura.

III. Iam quando conventioni insit conditio videamus. Id autem ita deprehendemus. Inest ita conventioni conditio, ut aut inducatur verbis, aut sine verbis sua sponte inesse intelligatur.

IV. Inducitur verbis dupliciter. Aut enim verbis exprimitur, aut significatur. Exprimitur, expressa figura conditionis, quæ hæc est, si quid factum fuerit aut non fuerit. Veluti si navis ex Asia venerit, aut non venerit, si Titius consul factus fuerit, aut non fuerit. *§. sub conditione, Inst. de verbor. obligat. L. si Titio, D. quand. di. leg. ced.* Quapropter & verbis expressam conditionem intelligemus, quæcumque verba huius particulæ, si, vim habent, quibus quidem res in futurum aliquem eventum differatur. Ut sunt, nisi, sive, dummodo, alioqui, alias. Nam nisi valet si non: Ut decem dabis, nisi in Capitolium ascenderis, valet, si non ascenderis, dabis. Sive valet, si vel. Itaque nemo dubitat, quin hæc stipulatio sit conditionalis, sive navis ex Asia venerit, sive Titius consul factus fuerit; & quoniam disiunctiva est, placet ultra prius conditio exstiterit, committi stipulationem. *L. si ita quis*, 63. *D. de verb. obl.* Dummodo Capitolium ascenderis, idem valet, quod si modo Capitolium ascenderis. Alioqui, alias, hoc significant, si quid eorum quæ prius diximus, factum non erit. Quæ cognitio verborum non est Iurisconsulti: sed a Grammaticis petenda est. Sed & his verbis exprimitur conditio, cum exigimus, ut prius quid fiat, sic deinde iubemus sequi id, quod in aliquem conferre volumus ut dabo decem: sic deinde Stichum dabis? aut, sic deinde Stichum manumittes? Nam & in testamento si testator ita scripserit: Stichus decem Titio, dato, sic deinde liber esto: vel Titius Stichum manumittito, sic deinde heres esto. Placet & illic manumissionem Stichi esse sub conditione, si decem Titio dederit, & hic heredis institutionem sub conditione, si Stichum manumiserit. *L. servus decem*, 68. *D. de sol. L. si peculium*, 22. in pr. & *§. is cui, D. de statul. L. mulier*, 20. *§. pen. D. de cond. inst.* Utrumque ideo, quia hoc ordine rerum faciendarum constituto definitio conditionis expressa est. Definitio autem est res ipsa. Nihil namque interest, utrum iubeam differri manumissionem aut institutionem in hos casus, ut des aut manumittas, prius quam locus sit manumissioni, aut heredis institutioni.

V. Verbis non expressa conditio, verbis significatur tamen duabus rebus, [2] die incerto, & demonstratione rei promissæ in futurum collata.

VI. Dies incertus conditionem facit. Veluti, si ita stipuler; dabis, cum navis ex Asia venerit? cum Titius quatuordecim annorum factus erit? Inest enim hæc conditio, si navis ex Asia venerit; si Titius pubes factus erit. Hoc quidem in testamento, ut legatis & fideicommissis, certum

plane nequit, ut actio ipso iure non teneat *d. L.* 43. *§. pen. & simil.* & arg. a fortiori ex iis, quæ notata sunt huius *Lib. sup. C.* 8. *N.* 4. In quo errat Gœd. *ad L.* 12. *Pr. de V. S. n.* 11. putans hic actionem repelli per exceptionem modo momentaneam & dilatoriam, si conditio omnimodo exstitura (quæ tamen proprie hic nulla: vid. *N. seq.*) modo ea quæ vim perpetuæ exceptionis habeat, si eventus conditionis incertus. Ac ne quidem ita ut solvatur vel præstetur quod est in obligatione, si conditio extiterit. Tiraq. *d. §.* 1. *Gl.* 2. *n.* 22. tametsi Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 25. velit, si pendente iudicio eveniat conditio, posse debitorem condemnari. Creditor quidem accipitur & cui sub conditione debetur *L.* 12. *de V. S. L.* 42. *pr. de. O. & A.* non tamen proprie, ceu volunt Vacon. 3. *Declar.* 45. *n.* 8. *& seqq.* A. Fab. 15. *Conject.* 6. *pag.* 182. Sed minus proprie Gomez. *Resol.* 11. *n.* 28 Fachinæ. 11. *Contr.* 74. quia spes debendi, quæ ad heredem transit, facit ut debitor videatur. Nam si mortuo creditore conditio exstiterit, necesse est ut ante conditionis eventum debitum videatur, ne alias actiones ab herede cœpisse, contra iuris veteris rationem, dicendum sit, Hortens. *ad L.* 11. *§. pen. de pig.* Aliter Hopp. *Li.* 2. *[illegible] p.* 41. conditionalem promissorem revera debitorem non haberi sentiens, ob odium minuendum, contra eum qui stipulatus, ita & creditorem dici ob favorem ampliandum.

2) Idem est si certa dies per se, sed super re, ad heredes non transitoria. Ex. gr. Si Titio ex Calendis Ianuariis promisero usumfructum per *L.* 1. *§. ult. v. ult. Quand. us. leg. ced.* quia hic in incertum æque eventum differtur obligatio, quæ expirat si ante Cal. Ianuar. moriatur Titius, Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 21.

tum ius eſt, ut declaratur in *L. ſi Titio*, *D. quand. di. leg. ced.* Unde & generale illud, dies incertus conditionem in teſtamento facit. *L. dies*, 75. *D. de cond. & dem.* Sed non minus & in ſtipulationibus atque conventionibus idem obtinet. De his enim ſcripum eſt, quod dicitur in *L. quodcumque*, 45. *§. pen. D. de verbor. obligat.* inter hæc nihil intereſſe, cum veneris, aut si veneris: si morieris, aut cum morieris. Et certe cum de diei incerti vi & poteſtate hic quæratur: non poteſt hæc eſſe alia in conventionibus, alia in teſtamentis, quandiu utrobique idem tempus eademque verba proponentur.

VII. Sane quod de conditione ante diximus, si hæc omnimodo extitura sit, eam in conventionibus pro conditione non haberi: id multo magis in die incerto ineſſe intelligendum eſt, ut si certum sit hunc venturum; non habeat in ſe conditionem in conventionibus; ſed moram his & dilationem ſolum adferat, qualis eſſe ſolet in conventionibus, quæ ſunt in diem. Ac talis eſt dies mortis cuiuſque, in quem præſtatio ex conventione collata eſt. Quod non ita eſt in teſtamentis. Nam etſi teſtator ita leget, heres meus cum morietur, Titio decem dato, legatum conditionale eſt: & ſi legatarius ante deceſſerit, legatum ad heredem eius non tranſit, ut fit, quoties legatarius pendente conditione decedit. *L. 1. §. 1. D. de cond. & dem. L. 5. quan. di. leg. ced.* Contra si ita ſtipuler, decem mihi dari cum moriar, aut cum morieris: placet 3 in diem eſſe, non 4 ſub conditione. Unde eveniat, ut quanvis ante diem mortis peti nihil poſſit: tamen & ipſe interim recte ſolvas, & ultro ſolutum quanvis per errorem, repetere non poſſis. *L. ſub conditione*, in fin. *L. nam ſi cum, ſeq. L. qui promiſit*, *D. de cond. ind.* Quorum neutrum futurum eſſet, ſi vere eſſet dies incertus, & is qui conditionem faceret. *L. ſtipulatio iſta*, 38. *§. inter*, *D. de verb. obl.* Quidni vero hic dies mortis ſtipulationi adiectus conditionalem ſtipulationem non faciat, cum etſi conditio hæc expreſſa eſſet, dabis ſi moriar, dabis ſi Titius morietur, tamen nihilomagis ſtipulatio futura eſſet conditionalis? *L. quod ſi ea*, 18. *D. de cond. ind.* Non enim maiorem vim habere poteſt intellecta conditio, quam expreſſa. Ex hac diſtinctione eſt illa definitio ſuperior, diem incertum conditionem facere in teſtamento. Cur enim adiicitur in teſtamento, quia non idem ius eſt extra teſtamentum, puta in conventionibus. Sed haſtenus non idem, quod in teſtamento omnis dies incertus conditionem facit, ſive hunc venturum eſſe incertum ſit; ſive incertum, quando ſit venturus. Unde illa generalis definitio ſuperior ad teſtamentum collata: in conventionibus autem non item: in quibus poſterior conditionem non habet, ſolus prior habet, ſcilicet, ut prius quam is dies venerit, nihil debeatur: hoc amplius ſi certum fiat eum venturum deinceps non eſſe; certum quoque eſſe incipiat nibil ne in poſterum quidem deberi poſſe. *d. L. quodcumque*, *§. pen. D. de verb. obl.*

VIII. Ergo unum genus diei incerti hic exceptum eſt, cum petiero, ut in hac ſtipulatione, decem, cum petiero, dare ſpondes? Et hunc locum memini nos etiam attigiſſe *ſupra Lib.* 8 *Cap.* 31. Sed non putavi reprehendendum, ſi quod illic a me de conventione ut inter legata brevius dictum erat, hoc loco dicerem paulo explicatius, ne quid in eo requiratur. Quod & in ſequentibus membris moderate faciam. Habet igitur hæc quidem ſtipulatio diem vere incertum, cum tam fieri poſſit, ne petam, quam ut petam. Placuit tamen ſtipulationem conditionem non habere: ut quanvis nunquam petierim, atque ita decedam, nihilominus tamen debeatur heredibus meis; quia non videatur defeciſſe conditio; quæ nulla inerat. *L. ſi decem cum petiero*, 48. *D. de verb. obl.* Interpretatio ſumpta ex mente contrahentium. Mens intellecta non obſcure

cx

3) Diſſ. Gœd. vid. *N.* 4. & Gomez. 2. *Reſol.* 11. *n.* 21. volens obligationem hic ante diem mortis non oriri per *L. un. C. Ut act. ab hered.* quæ hoc non probat. Loquitur enim de ſtipulatione non in diem mortis collata, ſed poſt mortem. Conſentit Cuiac. 18. *Obſ.* 2. *circ. fin.* Qui tamen male, *ibid. &* 13 *Obſ.* 20. generatim diem incertum non eſſe conditionem in contractibus & promiſſione ſtatuit. Quin imo ſi effectum intuemur, nullum inter legata & ſtipulationes hac in re diſcrimen. Utrobique purus actus, quando certum eſt effectum eum ſortiturum: conditionalis, quando dubium. Nam quod hæc ex. gr. *Heres Titio, cum morietur Seius*, 100. *dato*, in teſtamento conditionem efficiunt, id inde eſt, quia dubium an Titius præmoriturus, & ſic non eſt certum an legatum effectum ſit habiturum. In contractibus autem ſemper certum eſt, quia etſi moriatur ſtipulator ante promiſſorem, debetur tamen eius heredi.

4) Atqui & hæc vocatur conditio *d. L.* 18. *L. conditionales* 54. *de V. S.* in verbis: *eſt autem competitura*. Reſp. Vocatur ratione conceptionis, quia orationis figura ſe ad inſtar conventionis habet. Sicuti & conditio in præteritum relata dicitur *L.* 100. *h. t.* & ad præſens tempus collata *L.* 37. *de reb. cred.* quæ tamen minime ſunt conditiones, nec earum effectum habent *dd. LL.* Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 8. *Concl.* 7. *n.* 137. qui tamen *ad L.* 1. *de V. S. n.* 17. eventus neceſſitate, reique futuræ veritate conditionis effectum non impediri ſcribit. Quod quomodo ex *L.* 45. *§.* 3. *h. t.* eliciatur non video. Neque enim quia nihil intereſſe dicitur illic inter *ſi morieris* & *cum morieris*: idcirco vera conditionalis obligatio his formulis induci aſſentur. Minus ad rem facit *L.* 48. *de cond. ind.* immo ad hoc caſſa nuce inanior. At *L.* 40. *§.* 2. *de cond. & dem.* de ultimis voluntatibus loquitur, in quibus nonnihil diverſum eſſe noſter agnoſcit: vid. *N.* 4.

ex fine huius adiectionis conditioni contrario. Omnis enim conditio adiicitur, ut differatur obligationis præstatio in casum. §. *sub conditione*. *Inst. de verb. obl.* At hæc adiectio, cum petiero, huc spectat, ut præstatio repræsentetur. Hanc enim vim habet, ut statim solvas cum petam, & fine mora, ut est in *d. L. si decem*. Quare si contraria sunt repræsentandæ præstationis caussa aliquid adiici, & adiici præstationis differendæ caussa, stipulatio conditionalis esse non potest. Et tamen si ita stipuler, decem, si petiero, dabis? stipulatio erit conditionalis, uti & eiusmodi legatum, Titio si voluerit, do lego; ut sive ego non petam, sive Titius non dixerit se velle, conditio deficiat, nec quidquam ad heredes nostros transeat. De legato expressum in *L. si ita expressum*, *D. de cond. & dem.* De stipulatione satis argumenti est ex legati exemplo, ubi eadem conditio expressa est. Sed & id colligitur satis aperte ex *d. L. si decem*. *de verbor. obligat.* Differentiæ ratio non est intellectu difficilis. Nam hæc verba, si petiero, aperte conditionem expressam, [5] habent. Cuius igitur rei caussa adiiciatur, nisi conditionis? In re certa non est locus coniecturis. *L. continuus*, 137. §. *cum ita*, in fin. *D. de verb. obl.* Et in aperta significatione verbis standum est. *L. non est ferendus*, *D. de transf. L. quidquid*, 99. in pr. *D. de verb. obl. arg. in L.* 1. §. *licet*, in fin. *D. de exercit.* Hæc autem verba, cum petiero, cum non habeant apertam conditionem, ambiguitati locum faciunt, quæ admissa coniectura voluntatis ex mente contrahentium explicanda est. Quæ sit autem in his verbis mens contrahentium, supra ostendimus. In cæteris diebus incertis hoc tenebimus, etiam in conventionibus diem incertum conditionem facere: dummodo diem incertum intelligamus eum, quem dixi, qui vere sit incertus, idest de quo sit incertum, utrum venturus sit, necne.

IX. Sed meminerimus ita hunc diem conditionem habere, ut eo significetur conditio, non exprimatur. Exprimitur enim hic tempus, sed per tempus demonstratur conditio; ut contra conditione expressa per conditionem demonstretur tempus, ut est in *d. L. si Titio*, *D. quand. di. leg. ced.* Hoc moneri eo spectat, non ut putemus utrobique non eandem esse conditionem (est enim utrobique eadem, ut ibidem traditur) sed ut si qua conditio iure prohibetur adiici conventioni, sciamus hac expressa vitiari conventionem: die autem incerto posito non vitiari, quanvis eandem conditionem in se habeat: tantum ideo quia verbis tegatur conditio, non autem exprimatur. Idque iuxta regulam iuris, Expressa nocent, non expressa non nocent, quanvis eandem significationem habeant quam haberent expressa. *L. expressa*, *D. de reg. iur. L. nonnunquam*, 52. *D. de cond. & dem. L. si quis Sempronium*, 68. *D. de her. inst.* Hinc est illud Pauli in *L. centesimis*, 46. §. *ult. D. de verb. obl.* hanc stipulationem, si volueris, dabis? inutilem esse. At illam esse utilem, dabis cum volueris? dummodo antequam moriaris, constituas. Atqui in his verbis, cum volueris, diximus inesse eandem conditionem. Et inest re vera, non enim constitues petere, nisi si volueris. Sed, ut dixi, significatur tantum, non exprimitur. Expressa nocent, non expressa non nocent. Ergo quod ante diximus inter hæc nihil interesse, cum morieris, & si morieris; cum veneris, & si veneris; & scriptum est in *d. L. quodcumque*, 45. §. *pen. de verb. obl.* verissime in universum dicitur; quia ut in utraque conceptione harum adiectionum inest eadem conditio: ita & ea quam ius adiici non vetat. Ad has autem species non pertinet, cum volueris, & si volueris. Inest enim in utraque scriptura conditio: sed hoc interest, quod illa utiliter adiicitur, hæc inutiliter. Aut si illud generaliter accipi volumus, quasi nihil intersit inter conditionem, & tempus incertum: id sic interpretandum erit, ut nihil intersit ad conditionem faciendam; non etiam ad vim, & inutilitatem stipulationis, quæ nascatur ex eo, quod aperta conditio exprimatur, intellecta non exprimatur.

X. Postquam dies incertus in conventionibus quoque conditionem facit, etiam illud cognoscendum est, quæ orationes diem incertum habeant, ut liceat una etiam ex eo deprehendere conditionem. Sed de eo satis diximus in argumento legatorum. *Lib.* 8. *Cap.* 31. Tantum adiciam his, quæ de ablativis absolute positis illic scripsimus, non hos solum diem incertum habere, in quem resolvantur, ac per diem conditionem si sint participia, ut in illis formulis, Evictis prædiis pretium restitues. *L. evictis*, 18. *D. de usur.* Ac-

5) Covar. *d. n.* 6. Hæc formula principaliter conditionem habet, quæ non solum ex potestate nostra, sed & ex sola voluntatis declaratione pendet, ideoque ad heredem non transmittitur, quia voluntas ante mortem declaranda, nec per alium explicari potest, & ante mortem non petendo ab obligatione recedere voluisse censetur: & Duar. *in Scævola n.* 15. diff. Connan. 6. *Comm.* 3. *n.* 13.

ceptis a Titio centum hereditatem illi restituas, *L. a testatore*, 15. *D. de cond. & dem.* Stichus redditis rationibus liber esto: *L. qui libertatis*, 69. *§. servus*, *D. de evict.* Sed etiam eodem exemplo obtinere in nominibus eadem forma enuntiatis. Hinc placet stipulationem hanc conditionalem esse, fundum illum arbitratu Lucii Titii restitues? ut sit sententia, cum Titius arbitrabitur, & prout arbitrabitur. In quo inest etiam hæc conditio, si Titius arbitrabitur. Quæ res facit, ut illo non arbitrante tanquam deficiente conditione restituere nihil debeas. *L. si quis arbitratu*, 43. *D. de verb. obl.*

XI. Etiam demonstratione rei promissæ significatur conditio, quoties demonstratio in futurum collata est. Ut, si ita stipuler, Stichum qui illo anno tuus erit, dare spondes? conditio hæc est, si illo anno tuus erit; ut sive illum manumiseris, sive alienaris, non debeas. Hoc in huiusmodi legato pro iure certo receptum est a veteribus adversus Labeonis sententiam. *L.* 6. *D. de leg.* 1. *L. nuper*, 85, in fin. *D. de leg.* 3. Quod quale esset, & quam recte probatum, ostendimus pluribus in eodem illo *Cap.* 31. *Lib.* 8. Sed ne ad legata solum pertinere putemus: non minus idem, ac potius idem multo magis in conventionibus recipiendum est; in quibus hic debitoris sensus est, & servatur generaliter, ut quam minimum debeatur. *L. semper in stipulationibus*. *L. semper in obscuris*, *D. de reg. iur.* Ne tamen res exemplis egeat, pauca ex genere conventionum proponam, in quibus responsi ratio, quod veteres in his reddiderunt, non aliunde, quam ex superiore demonstrationis interpretatione ducitur; cum alioqui conventiones propositæ in speciem conditionem nullam habere viderentur. Ergo ex hoc fonte est, quod placet hanc stipulationem conditionalem esse, Quanto minus a Titio debitore meo consequi potero, tantum de eo debito dare spondes? Hæc conditio intelligitur, si quid a Titio consequi non potero, ut quandiu aliquid consequi possum, interim nihil debeas, quia pendeat adhuc conditio stipulationis: neque tamen prius desinas teneri, quam constiterit me ab eo consequi nihil posse. Cum autem fuero consecutus, tum dici debeat te plane non teneri stipulatione, cuius conditio defecerit, non autem liberari, quia nihil ante debueris. Quæ caussa fuit Paulo, cur notaret Papinianum, quod in hac specie ille scripsisset, si totum fuero a debitore meo consecutus te liberari, cum dicere deberet, te non teneri. Non enim liberatur, nisi qui ante debuerit. Quod de te in hac specie dici non potest, in qua promissionis tuæ conditio defecerit. Hæc sententia est *L. decem*, 116. *D. de verb. obl.* Ex eadem re & hæc stipulatio conditionalis, quod patrem tuum mihi debere constiterit, dare spondes? quæ stipulatio a Scævola sic accepta est, ut sit, quod pater debet, si eum debere constiterit. *L. qui Romæ*, 122. *§. Agerius*, *D. de verbor. obligat.* Nec dubium est, quin ex eadem caussa sit, quod placuit emptionem olei, vini, tritici, & similium rerum, item gregis, sub conditione contractam videri, quoties res istas emimus ita, ut pretium statuatur in singulas mensuras eius, quod admensum erit; in singula pondera eius, quod appensum erit; in singula capita, quæ in grege inventa & adnumerata erunt. Huius quidem generis emptionem omnem constat placere veteribus contractam videri sub conditione, si hæ res admensæ, appensæ, adnumeratæ fuerint. Ideo priusquam hæc facta sint, periculum esse venditoris, non emptoris, ut accidit in emptionibus nondum perfectis, puta conditionalibus. *L. quod sæpe*, 35. [6] *§. in his*, *§. pen. D. de contr. empt.* Sed unde hoc sumptum, cum nulla eiusmodi conditio exprimatur? Ex demonstratione videlicet in futurum concepta, de qua diximus. Hic enim venditum est, quod admensum, quod appensum, quod numeratum erit. Perpetuum hoc est, demonstrationes huiusmodi ex futuro sumptas conditionem facere. Sed meminerimus hic idem, quod supra in die diximus, nimirum huiusmodi demonstratione non fieri conditionem quæ exprimatur, sed conditionem quæ significetur, non exprimatur, ut certe non exprimi apparet. *L.* 1. in fin. *D. de cond. & dem.* Hæc res faciet, ut quanvis expressa conditione inutiliter ita stipuler,

Sti-

6) Et hic igitur periculum ante contingens ad emptorem non pertinet *L.* 1. *§.* 1. *L.* 4. *pr. de peric. & comm.* Raucho. *P.* 1. *Q.* 21. *n.* 4. *&* 5 Cato *Lib.* 2. *de Rust. C.* 2. Nec cum id factum est, tamen grex dominium mutavit nisi est adnumeratum, ref. Hieron. Mag. 4. *Mise* 3. Et ratio est quia ante mensuram non est certa emptio. Prius enim vinum ex. gr. reliquo vino commistum, illiusque vase inclusum. Nam si dolium capiebat 100. amphoras, ex his 50. tibi venditæ, antequam admetiuntur nihil est quod emptum possis dicere, nihil quod a non venditis separatum, Connan. 7. *Com.* 10. *n.* 2. At si venditoris periculum ante admetiendi diem, quomodo is custodiam præstat, *L.* 2. *§.* 1. *de peric.* in re sua & sui periculi! Connan *d. loc. n.* 3. valde hic conturbari Accursium scribit. Ipse tandem ita se expedit, periculum ita venditoris esse, ut siquidem sine culpa contigerit amittat & vinum, & pretium vini: sin ex culpa præterea teneatur emptori quanti eius interest vinum habuisse.

Stichum illo anno si voles, dabis: *L. sub hac*, *D. de obl.* & *act.* Tamen hæc stipulatio sit utilis, Stichum quem illo anno dare voles? Atqui utrobique eadem inest conditio, si voles, *d. L. si Titio*, *quand. di. leg. ced.* Sed in hac posteriore stipulatione significatur tantum conditio, non exprimitur. Expressa nocent, non expressa non nocent: similiter ut in illis stipulationibus accidere diximus, dabis si volueris; & dabis, cum volueris, *d. L. centesimis*, 46. §. *ult. D. de verb. obl.*

XII. Hæc de verbis, quibus conditio inducitur. Est, ut dixi, cum sine verbis conditio insit conventioni sua sponte, ut nec exprimatur verbis, nec significetur. Id accidit aut ex natura rei promissæ, aut ex persona stipulantis.

XIII. Ex natura rei promissæ, cum ea res promissa est, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem postea futura sit, necne, ex incerto eventu futuro pendet. Hic enim natura rerum hanc conditionem iniicit, si illæ nascantur, si evenient, ut esse incipiant. Huius generis res sunt: quod ex re aliqua nascetur, operæ officiales, dos. Quod nascetur, ut fructus fundi, pecorum foetus, ancillarum partus. Si fructus illius fundi sim stipulatus, habet stipulatio dilationem, dum fructus nascentur, ut est in *L. interdum*; 73. *D. de verbor. obligat.* Sed quam dilationem; utrum diem, an conditionem? Placet conditionem esse, non diem. *L.* 1. §. *ult. D. de cond.* & *dem.* Quod eam vim habet, ut si promissor pendentibus fructibus æstimationem offerat creditori, non potest solvere invito, quanvis fundus sit alienus. Et contra si æstimationem volenti solverit, possit repetere quod dedit per id tempus, quo sub conditione debebatur. *L. stipulatio ista*, 38. §. *inter*, *D. de verb. obl.* Quorum utrumque contra eveniret, si diceremus in fructibus promissis inesse tantum diem, non conditionem, & nondum natis fructibus aliquid horum factum esset. *L. in diem*, *L. qui promisit*, *D. de cond. ind.* Sed & fructibus non natis, tanquam deficiente stipulationis conditione, nihil debetur. Operas officiales cum promittit libertus patrono, etiamsi verbis pure promittit, tamen inest hæc conditio, cum patronus poposcerit, seu cum 7) indictæ fuerint, ut nec ante eorum dies cedat. *L. cum patronus*, 22. in pr. *D. de op.* *lib.* *d. L. interdum*, 73. vers. *item si operas*, *D. verbor. obligat.* Accidit hoc ex natura rei promissæ, ut declaratur in *d. L. cum patronus*. Ut enim operæ sunt duorum officinm: *L.* 1. *D. de op. lib.* ita operarum editio nihil aliud, quam officii præstatio. Non prius autem officium esse incipit, quam patronus ostenderit sibi quid effici velle, sibi hoc officium placere, &, ut est in *d. L. cum patronus*. Absurdum est credere, alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui præstandum est. Dotis eadem caussa est. Centum aureos sponso si quis promiserit simpliciter dotis nomine. Stipulatio habet in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ. *L. stipulationem*, 21. *D. de iur. dot.* nempe ex natura dotis, cuius hæc conditio est, ut sine matrimonio esse non possit. *L.* 3. *D. eod.*

XIV. Ex conditione personæ stipulantis inest conditio, cum servus stipulatur, qui dominum, cuius petitio esse possit, non habet. Is autem est servus, vel cuius dominus apud hostes est, vel hereditarius. Ex quibus prior si quid stipulatus fuerit, intelligitur stipulatus sub conditione si dominus ab hostibus redierit, aut apud hostes decesserit: posterior sub conditione, si quis exstiterit. Significantur hæc in *d. L. interdum*, §. 1. *de verb. obl.* Ducuntur autem ex persona servi. Nam servus conditione personæ ex persona tantum domini stipulandi ius habet. *Inst. de stip. servor.* Cui consequens est, ut utiliter solum stipuletur, qui dominum habet: inutiliter is, qui non habet; & si pendet, an habeat, necne, ita stipuletur ut insit hæc conditio, si dominum habere cœperit. At is cuius dominus est apud hostes, interim dominum certum non habet; quem autem habiturus sit postea, in suspenso est. Nam si dominus redeat ab hostibus, hunc semper dominum habuisse servus intelligitur: si decedat apud hostes, intelligitur servus retroversus eos dominos habuisse, qui defuncto sunt heredes, quasi captivus eo momento quo captus est, in civitate decessisset. §. *si ab hostibus*, *Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* Interim res in suspenso est. Quæ incertitudo ex casu pendens conditionem habet. Servus autem hereditarius etsi iure hereditatem dominam habet, eoque & quidquid stipulatur, ei acquirit: *L. hereditas in multis*, *D.*

7) *L.* 13. §. 2. *eod.* Gœd. *de Contr. stip.* C. 8. *n.* 140. & *seq.* ubi contra quam Donellus noster *ad L.* 41. §. 1. *h. t. n.* 27. nullum in eo discrimen esse inter operas officiales seu incertas & fabriles, seu certas statuit. Male autem idem *d.* C. 8. *n.* 168. hic verba *cum petiero* vim conditionis habere *d. L.* 22. *praefer.* contra quam regulariter *L.* 48. *h. t.* vid. *Conc. ad Tit. de V. O. L.* 48. *N.* 1. Nam nec si his verbis usus stipulans, conditio ex illis infertur, sed ex natura rei, ut hic noster.

D. de acq. rer. dom. Inst. de stip. servor. in pr. tamen non habet eam dominam, in qua possit obligatio esse efficax vel ad petendum quid ex stipulatione, vel ad retinendum. Unde pendet promissio & obligatio efficax in id tempus, cum heredem habere cœperit, qui possit obligationem ad rem conferre.

C A P. XII.

Conditio conventioni iniecta quid desideret, ut suo modo, & suo tempore recte impleta intelligatur.

De implenda conditione iterum, & quare, In eo spectari modum & tempus. I.
De modo eadem omnia præcipi in contractibus, quæ in legatis. Illa huc revocanda exempla propria contractuum. II. III.
Contraria communia legatis, & alia propria contractuum diluuntur. IV. V. VI.
Conditione ad præscriptum verborum impleta, nil aliud quæritur ut reus ex conventione teneatur. VII.
In tempora conditionis implendæ contractus a legatis differunt, cum in faciendi, tum in non faciendi conditionibus. VIII.
Quæ differentia in priori genere. IX.
Quæ item in posteriore. X.
An utrobique conditiones impletæ dicantur, statim ac quis facere potuit, nec fecit; an vero cum adversus illas fieri non posse certum est. Quæ Sabini & quæ Papiniani sententia. XI.
Cum stipulatio conditionalis ab alia stipulatione incipit, obtinet Sabini Sententia: cum vero a conditione altera Papiniani probatur in conventionibus & legatis. XII.
Sed & opinio Sabini obtinet, in utrisque, cum stipulatio aut legatum incipit a conditione tribus in caussis. XIII.
1. *In stipulatione fideiussoria.* XIV.
2. *In obscura specie* L. 9. D. de V. O. XV.
3. *In manumissione testamentaria.* XVI.

I. Conditione posita, quando nihil ex conditionali conventione deberi potest, nisi impleta sit conditio; reliquum est in hoc genere, ut quomodo, & quando conditio quæque impleta intelligatur cognoscamus. In quo si congruerint omnia, quæ de implenda in legatis conditione supra scripsimus *Lib.* 8. *Cap.* 33. otiosum esset hic quidquam de hac parte in conventionibus adiicere, quod totum ex communibus illis præceptis, mutatis personis nullo negotio sumi posset. Nunc autem nonnulla hic discrepant, dum aliter voluntatem contrahentium, aliter testantium in conditione adiecta interpretamur. Quædam ita congruunt, ut tamen in contractibus non careat res iusta dubitatione. Quamobrem utraque de caussa hæc quoque pars nobis hoc loco attingenda est, tum ut quæ discrepent, observentur; tum ut ab his quæ congruunt, omnis dubitatio amoveatur. Et si in universum dicendum est, idem hic quod in legatis definiemus, tum impletam conditionem intelligi, cum accidit id, quod in conditione positum erat. Quod quale sit, ex verbis & genere cuiusque conditionis sumendum est: atque hoc ipsum quomodo faciendum, demonstratum a me pluribus eodem illo *Cap.* 33. *Lib.* 8. Illud adiiciendum est, quod & in legatis præcepimus, sic evenire debere, quod in conditione fuit, ut eveniat recte, & ut ad significationem conditionis oportet. Nam ut aliter quid factum sit, quam oportet, ut cæteris in rebus nihil valet *L. quoties, D. qui sat. cog.* ita ad conditionem implendam nihil prodest. Sunt autem in eo hæ cautiones, ut impleatur quæque conditio, quomodo oportet, & quo tempore oportet, prout conditio exigit: quorum alterum ad modum pertinet, alterum ad tempus rectæ implendæ conditionis. De quibus si statim constare posset ex verbis conditionis, sufficeret uno verbo rem ad ea remitti. Sed cum sit in singulis, quod propositis etiam verbis, & recte cognitis dubitetur tum in legatis, tum in contractibus: est huius loci eximere omnem hanc dubitationem, & ostendere in universum, quid de utroque recte teneamus.

II. Et de modo implendæ conditionis omnia hic congruunt cum his, quæ de eadem re in legatis diximus: scilicet ut

nec

nec aliter impleatur conditio, quam si quod in ea erat, factum sit [1] ad formam præscriptumque verborum conditionis, quanvis aliter facientibus videatur res eamdem vim, eumdemque effectum habere. Et contra cum id ita factum erit, videatur conditio recte impleta, ut fiat obligationi & præstationi locus. Et cætera ad hunc locum pertinentia ex illo *Cap. 33. Lib. 8.* petentur, ubi in hanc partem copiose disseruimus. Nunc ne in contractibus res exemplis aut probatione egeat, paucis agam. Sit ergo hæc stipulatio, si Titio fundum dedero, centum dabis? Nihil proficiam, si servo eius dederim: quanvis in fundi acquisitione perinde hoc habeatur, quasi Titio domino dedissem, cum servo datum domino acquiratur. *§. item nobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Et e converso, si sit hæc conditio, si Sticho servo Titii dedero, domino eius dando nihil agam. Ubi tamen constat, rem hoc modo eumdem effectum habituram. Nam etsi dedissem Sticho, non alius esset exitus, quam ut domino acquireretur. Hæc in legato sub huiusmodi conditionibus relicto diserte scripta sunt in *d. L. qui heredi*, in pr. *de cond. & dem.* Sciamus igitur in conventionibus multo magis recipienda esse, cum alioqui in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis. D. de reg. iur.* Idem iuris est in heredibus eius, cuius in persona fieri quid ex conditione aut impleri debuit. Sit igitur eadem illa conditio, si Titio fundum dedero, centum dabis? Ipsi Titio recte dedero, dum vivit. Si viventi non obtuli, frustra eo mortuo dederim eius heredibus: nec quanvis ultro acceperint, quidquam proderit ad implendam conditionem. Semper enim verum erit me Titio non dedisse. Ut autem Titio datem, nominatim conditio exigebat. Hoc responsum Scævolæ, cuius ratio nisi superiore definitione bene constituta explicari non potest, responsum, inquam, de hac stipulatione, quidquid patrem tuum debere constiterit, dare spondes? Nam cum mortuo tantum patre actum esset cum heredibus, & de debito probatum esset: tamen ita respondit ille, ut significaret conditionem in proposito defecisse, quanvis certum esset impletam esse in persona heredum patris, qui non potest quin debeant, si constet defunctum dum viveret debuisse. *L. qui Romæ*, 122. *§. Agerius, D. de verb. obl.* Cur ergo hic non impleta conditio? quia non est impleta in persona eius, in cuius persona eam impleri oportuit ex verbis stipulationis. Patre enim mortuo in cuius personam conditio collata est, effici potest, ut constet illum debuisse, dum viveret: illud non potest, ut constet eum [2] debere, si prius

1) Conditiones iuxta formam expressam (seu vulgo in forma specifica, vid. *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 11.) & ad unguem observandæ, nec per æquipollens adimpleri debent *L.* 44. *pr. de cond. & dem. & simil.* Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 1. & 3. Quod tamen post Duar. *in Scævola n.* 15. declarat *ibid. n.* 7. ut potior habeatur ratio sententiæ contrahentium & voluntatis, quæ regit conditiones. vid. *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 2. & *N.* 3. Ex mente igitur adiicientis posse impleri per æquipollens, ita si idem sequatur effectus per *L. ult. de cond. inst. L.* 3. *C. de inst. & subst.*

2) Ita Bart. Alex. Zas. & alii ref. Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 5. Donellus noster *ad d. L.* 122. §. 4. & Hot. 1. *Obs.* 8. Conditio hic defecit, inquit, quia post mortem probavit creditor sibi deberi, non a mortuo *L.* 14. *de novat.* sed ab herede. Agerius autem promiserat, quod constitisset patrem debere, non quod heredem. Et Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 184. quia hæc conditio futuram liquidationem, non quamvis, sed quæ cum ipso patre conficeretur, respexit, quo mortuo, ad eum modum quem verba præscribunt, amplius impleri non potest. Quare ex horum, ut & nostri *ad d. §. Agerius* 4. *n.* 4. sententia *si* pro *quia*, conditio pro caussa accipienda. Nec enim rarum esse, ait noster *ibid. n.* 5. *ut in propositione intelligatur assumptio.* Si non extitisset scilicet quod existimo & ex propositis liquet. Sic in *L.* 26. §. *ult. de pig.* Virgil. 1. *Georg.* Cic. *in Top. &* 3. *Offic.* Sic *in L.* 28. *de novat.* Hot. *d. loc. & in L.* 4. *de in lit. iur.* aliisque citatis a Gœd. *d. loc. n.* 178. & *p.* 191. ubi ipsum Scævolam sic usurpasse ostendit *L.* 47. §. 3. *de adm. tut. L.* 31. *de pig. L.* 20. *de auct. tut.* qui idem *ad L.* 2. *de V. S. n.* 17. *Si* pro *quia quamvis* & *autem* repenti monstrat. Sed Connan. *Com.* 3. *n.* 9. hanc interpretationem, quod verba de patre concepta, de heredibus non sint accipienda, ineptam & falsam vocat, ut refelli non mereatur. Et Covar. *d. n.* 5. ceu meram hallucinationem fragilem, futilem, nec referri dignam, exagitat! Si his nugis, ait, locus, mille calumniæ & deceptiones contra bonam fidem admittuntur. Sane verborum hanc aucupationem esse, ICto indignam, ut vocat Duar. *in Scævola*, nec convenientem sententiæ contrahentium, sed eidem repugnantem potius, rem ratione secum putanti apparere puto. Hoc enim egit stipulans, ut quod patrem Agerii, sibi debere putabat, in idem Agerium sibi haberet obligatum: hoc egit & in id consensit Agerius, ut si probaretur debitum paternum, eius nomine se obligaret. Quid igitur si vel continuo post hanc stipulationem, mora in probando seu liquidando debito a creditore nulla commissa, pater obierit. Subtilitate certe mera verborum nititur Agerius, si se ita tueatur nulla fidei conventionis, eiusque quod aperte contrahendo actum est ratione habita, itaque æquitate omni defectus. Æqui & boni maior habenda ratio & voluntatis quæ regit conditiones, quam meri verborum rigoris. Quidni igitur forma servari dicatur, si ad eundem plane nec ullo modo diversum effectum conditio impleatur, ut recte Covar. *d. loc. n.* 7. Nam & conditionibus ex evidenti voluntate a verbis receditur *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 2. & *seqq.* Quid quod retrotractionem conditionis ad tempus contractus vulgo statuunt. Quod si ita esset (an sit vid. Don. noster *ad L.* 78. *D. de V. O. n.* 6. 7.) eveniret vi illius, ut posteaquam constitit mortuo patre eum debuisse, retro quoque tempore quo superest eum debere constitisse censeretur. At instabis ex Don. *ad d. §. Agerius n* 2. Conditioni non satisfieri si aliud fiat quam verba exprimant, etsi eundem effectum habeat *L.* 44. *pr. de cond. & dem.* Sed Duar *in Scævola n.* 15. hoc non probari *d. L.* 44. ostendit. Nec omnino nihil referre, detur servo pecunia, an domino: tum quia semper tandiu naturaliter tenet, donec dominus ademerit; tum quia servo aliis modis id conducere possit ut liberalius a domino habeatur &c. idque spectasse censeatur servo dare iubens, quod nec noster diffitetur *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 8. Atqui dices cum Don. *d. n.* 2. hic quoque in re ipsa interest, vivo patre probetur debitum, an defuncto. Quid enim si pater exceptione pacti aliave tutus, quæ ab herede nescitur. A quibus non abludit Iasonis & Socini ratio relata a Covar. *d. n.* 7. quod mortuo patre non possit ita constare de quantitate debita, sicuti

si vi-

ſi prius nunquam id conſtitit. Quia mortuus, qui non eſt, debere nihil poteſt. De cuius reſponſi ſententia, ratione, & æquitate ſi quis plura deſiderat adverſus ea quæ contra differuntur a doctiſſimis hominibus pleriſque, petere poteſt ex iis, quæ ad eum §. ſcripſimus.

III. Quod ſervatur in eo, in cuius perſona

ſi viveret, frandi probationis facilius occurſurus. Quod refellit Covarruvias. Quia æque perfecte conſtare poteſt. Quid enim ſi teſtes adſint fidei probatæ, quid ſi libri rationum ipſius defuncti? Alias certe nulla ſtatuetur contra heredes perfecta probatio, nec *in d. §. Agerius* actum quibus modis conſtare debeat, an confeſſione ipſius vivi adhuc, ſed generatim quicquid conſtiterit, quacunque probatione legitima. Adde quod ex facto proponitur *conſtitiſſe*, nulla igitur in probando fraus admiſſa. Nulla contra exactionem debiti perpetua exceptio fuit defuncto, nec enim vere diceretur debitum. *L. nihil intereſt* 112. *de R. I.* Falſa ergo illa DD. vulgata expoſitio, quod in ſpecie *d. §. Agerius* conditio poſt mortem patris impleri nequeat, licet antiqui omnes teſte Covarruvia in eo conſentiant. Quæ etſi vera eſſet, male tamen interpretes loci eius teſtimonio uterentur, cum de conditione poteſtativa ad heredem non tranſmittenda agunt, quia imo conditio *d. §. Si conſtiterit debere*, non eſt poteſtativa, ſed vel caſualis, ut Cuiac. *ad L.* 57. *h. t.* vel quod verius eſt, miſta. Et quia creditor qui implere debebat, in ſpecie *d. §. Agerius* non mortuus, ſed ſuperſtes. Nec confundenda hæc, ſed accurate diſcernenda, quæ & diverſo iure cenſentur, ius conditionis implendæ, eiuſque tranſmiſſio ad heredes; & impletio in perſona eius, in quo implenda conditio. Quorum confuſio præcipites egit, & in errores perduxit interpretes. Nam cum ſcribunt ius conditionis poteſtativæ implendæ non tranſire ad heredes, ita declarant, ſive moriatur is qui implere debuit, ſive is cum quo, ſeu in cuius perſona implendum: tanquam utrobique tranſmiſſio ſpectari poſſit. In quo nimium quantum fallantur. Tranſmiſſio nec conſiderari poteſt, niſi in herede creditoris a quo implenda conditio: qui ſolus ius conditionis implendæ habere recte dicitur, quod ad heredes derivare poſſit. Impletio in perſona alterius meri facti eſt. Nec ullum illi ius tribuit; ſiquidem conditio ponit, non diſponit. Nec igitur eſt quod ad heredes tranſire poſſit, ne quidem ſi conditio miſta, vel mere caſualis; ut ſi Titius conſul factus; ſi Caius 14. annum attigerit. Nulla hic vel leviſſima dubitatio eſt, quin mortuo Titio, vel Caio, Titii herede conſule facto vel Caii herede pubere reddito, conditio non perficiatur; tametſi ius conditionis caſualis & miſtæ fatentibus DD. ad heredes creditoris tranſeat. Craſſe igitur & ſupine dicetur, implementum conditionis non tranſire ad heredem eius, cum quo implendum eſt; cum ius implendi ſoli ei competat, qui implere debet; non ei cum quo. Sed an cum alio, quam cum eo, quem conditio nominat, fieri poſſit quod in ea poſitum: in eo ſolum ſpectandum an iſto modo formatum effectum ſortiatur impletio: qui ipſe non ex mera verborum aucupatione, ſed voluntate & mente contrahentium æſtimandus. Hinc iuſſus dare pupillo, poteſt non tantum, ſed imo debet dare tutori *L.* 68. *de ſolut. &c.* Nec tamen ut ad §. *Agerius* redeam placet Cuiacii interpretatio *ad L.* 57. *h. t.* verba illa Scævolæ reſponſi ad facti quæſtionem referentis, ac ſi diceret: Si id actum fuit ut conditio impleretur vivo patre; nec ita impleta fuerit, ſtipulationem non commiſſam, etſi poſt mortem eius impleretur. Nec enim reſpondiſſet ad quæſita, & incertiorem quam adierat dimiſiſſet conſulentem Scævola. Ac licet Cuiacius dicat Scævolam in *h. §.* ſumere quod eſt probabilius, veroſimile eſſe id actum ut promiſſor teneatur, non ſi quocunque tempore, ſed ſi vivo tantum patre debito conſtiterit, non tamen explicat unde probabilitas illa & veriſimilitudo appareat. Minus placet quod Duarenus in Scævola vult, de iure tantum reſpondiſſe Scævolam, in eoque morem ſuum ſervaſſe qui ipſi ſolemnis, ut de facto quæſitus, de iure reſpondeat *L.* 93. *§ pen. de leg.* 3. *L.* 7. *de inſtr. leg. L.* 109. *de cond. & dem. & ſimil.* cum & quandoque reſponſionem neget, quia facti quæſtio *L.* 10. *§. ult. de inſtr. leg.* Quæſtiones enim facti ad ICtos non pertinere, in quibus ſtatus cauſſæ coniecturalis non iuridicialis: quarum tractatio oratorum potius ſit, quam ICtorum. De quibus cum quandoque agunt ICti, eo ipſo illos ultra artis ſuæ terminos vagari, intra quos ſe ſemper Scævola continuerit. Et hic igitur Scævolam, an conditio extiterit nec ne, quia facti quæſtio, oratoribus diſceptandum, prudenti ac uſu perito iudici diiudicandum reliquiſſe. Nam licet ad officium ICti primario facti quæſtiones coniecturales non ſpectent, de quo & idem Duar. 1. *Diſp.* 41. *& ad Rub. C. de I. & fac. ign.* Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via. ac rat. iur. C.* 2. *n.* 6. *& Lib.* 2. *C.* 9. *n.* 3. A. Fab. 5. *Iuriſpr.* 1. *Princ.* 2. *Illat.* 7. quia, ait, eorum quæ in facto nulla ars. *L.* 2. *de I. & facti ign.* tamen cum ex facto ius oriatur, ad factum propoſitum reſpondere omnino eorum eſt muneris. Ipſeque Scævola ſæpe reſpondit adiecta conditione quæ factum reſpicit ſecundum ea quæ proponerentur, &c. Ex facti itaque certi nec intricati telatione par fuit de iure iuxta eam reſpondere, iuſque ſecundum propoſita adoptare. Covar. *d. loc. n* 5. Sed & Petri Stellæ ſolutio relata a Duar. & Covar *dd.* locis cenſentis quæſitum Scævolam, antequam conſtaret de debito & vivo patre, quid iuris ſit, ſi contigerit patrem ante probationem debiti diem obire, debitumque poſt obitum probari: reſpondiſſe, *Si non exſtitiſſet, &c* ex contrario innuentem, ſi de debito conſtiterit; etſi mortuo patre, commiſſam ſtipulationem, recte reprobata ab iiſdem, quia conſultus Scævola de præſenti tempore. Et alias diceret *committendam* non *commiſſam*. Duæ ſuperſunt aliorum ſententiæ, utraque probabilis, ſed poſterior meo iudicio, firmior I. Connan. 6. *Com.* 3. *n.* 9. & Eman. Soarez. *in Annot. ad Gomez.* 2. *Reſ* 11. *lit T* Promiſſio eius, quod ſtipulatori alius debet, hanc conditionem, quæ ſua ſponte ineſt, habet, ſi ſtipulatoris intereſt, quia nihil, vel non ſolidum a primo creditore conſequi poteſt *L.* 97. §. 1 *h. t.* & ut vulgo beneficium ordinis is promiſſor habet, ut nequeat conveniri niſi prius principali excuſſo cum iuris effectu, pro fideiuſſore habeatur, Gail. 2. *Obſ.* 28. *n.* 1. Hæc igitur in diviſione Scævolæ in verbis *ſi conditio non exſtitiſſet* intelligitur conditio, non ſi patrem debere conſtitit, in ſtipulatione expreſſa: ſed ſub qua tacite, iuris diſpoſitione promiſſio facta cenſetur ex *d.* §. 1. Si a patre aut vero debitore conſequi non poſſit ſtipulator. Quare quia heres eiuſdem iuris, cuius defunctus, ſi ab herede conſequi poſſit creditor, quantumvis de debito conſtet: tamen ſtipulatio filiifamilias non committetur, quia illius conditio defecit. Senſus itaque hic erit. Tametſi, ut proponitur, tunc cum ageretur contra heredes Mævii de debito conſtitit; idque ab actore iudicio probatum fuit; non tamen ideo omnimodo ſtipulatio, cum Agerio, commiſſa: ſed ita demum, ſi ſine effectu contra heredes actum, nec exactum debitum, vel eatenus, quatenus non exactum, & quatenus illi ad ſolvendum non idonei. Quod ſi Agerius ipſe heres eſſet patri; teneretur quidem, ſed ut heres, nec ex ſtipulatione ſua, ſed obligatione defuncti. Sed cum conditionis in genere & ſine adiecto mentio fiat: probabilius eſt ſtipulationi inſertam intelligi, nec omnino, abſque ariolatione, dici poteſt, IC. Scævolam ad deſinitionem Celſi *d. L.* 47. §. 1. reſpexiſſe. Nec quia id non exprimeret, id intelligere promptum foret conſulenti. Succedit itaque II. Eman. Coſtæ *Lib.* 2. *de Cond. C.* 33 ut refert Cov. *d.* 39. *n.* 5. interpretatio, qua verborum quoque proprietate ſervata, verus reſponſo ſenſus conſtat. Quia Scævola vidit ſe conſuli de re parum dubia, cum ex propoſito facto appareret conditionem vere exſtitiſſe, reſpondit oblique; Si non extitiſſet conditio: nec ſtipulatio commiſſa eſſet, innuens, quia in præſenti ſpecie omnino exſtitit, ſtipulationem vero commiſſam eſſe. Nam cum vocula *Si* ſit ſua vi conditionalis, & verbum *exſtitiſſet* præterit plusquam perfecti: nec huius orationis, ſi proprie accipitur, alia ſignificatio, quam ut intelligamus conditionem exſtitiſſe. Nam uti cum vocula *Si* iuncta præterito perfecto, dubium eſt quod in oratione conditionali ponitur; ita cum iungitur pluſquam perfecto certum eſt quod in oratione conditionali ponitur non eveniſſe, vel ſe contra habere, ſive affirmans ſit, ſive negans oratio. Neque aliud fert uſus ſermonis, ſi quis paulo attentius conſideret. Nam ſi verbi gratia mercator Hamburgenſis, dum Lipſiæ degit, dicat: Si navis ex Hiſpania rediit, dives ſum: eo ipſo oſtendit ambigere ſe utrum redierit nec ne; proinde nec ſe ſimpliciter divitem aſſerere nec negare. At ſi dicat, Si navis ex Hiſpania rediiſſet, dives eſſem: eo ipſo oſtendit, verba ſine alium ſenſum non inferunt, navem non rediiſſe, ex eoque iacturam rei familiaris ſe ſenſiſſe. Sic in oratione negativa, ſi idem mercator dicat. Si navis ex Hiſpania non rediit, de me actum eſt: verba ſunt dubitantis de reditu navis, oſten-

ſona conditio implenda eſt, id ſimiliter ſervatur 3 in perſona eius cui faciendi aut dandi conditio eſt iniuncta. Quod hæc exempla declarant. Nam ſi ita ſtipuler, dabis, ſi petiero? dabis ſi voluero? ſi prius decedam, quam petiero, aut conſtituam me velle, deficit conditio; ut quanvis heredes mei petant, aut velint, nihil eis proſit ad committendam ſtipulationem. *L. ſi ita expreſſum*, 69. *D. de cond. & dem. arg. in L. ſi decem*, 48. *D. de verbor. obligat.* Item in hac ſtipulatione, ſi Titio fundum dedero, centum dabis? quemadmodum nihil mihi prodeſt ad implendam conditionem, ſi Titio non obtuli, offerre eius heredibus; ita ſi ipſe non dedero, heredes mei fundum offerendo ſtipulationem non committent. Et generaliter definiendum eſt conditionem dandi, faciendive perſonæ defuncti iniunctam ab heredibus impleri non poſſe. *L. a teſtatore*, 109. *D. de cond. & dem.*

IV. Sed quoniam hic quædam obiiciuntur, maxime in contractibus, operæ pretium eſt, qualia hæc ſint, hoc loco cognoſcere. Primum hic occurrit, quod contrarium æque in legatis, atque in contractibus quis exiſtimet, conditio videlicet & ius heredum, quo fit, ut heres ſuccedens in ius omne & locum defuncti, eodem iure uti debeat. *L. heres in omne*, 27. *D. de acq. her. L. quædam*, §. 1. *D. de ed. L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* Sed non pertinet hoc ius ſucceſſionis ad ea quæ perſonalia ſunt, ſeu quæ perſonæ defuncti cohærent. Hæc ut cum perſona exſtinguuntur, ita ad heredes non tranſeunt. *L. quia*, 13. *D. ſol. matr. L. non ſolum*, 8. §. *tale*, *D. de lib legat.* Talis eſt autem omnis conditio huiuſmodi, ſi petiero, ſi voluero, si dedero, quæ certæ perſonæ iniuncta, hanc non egreditur, eoque ad alios non tranſit. Quæ ratio redditur in *d. L. ſi ita expreſſum*, 69. *D. de cond. & dem.* Qua ratione & conditio dicitur facti eſſe, ne ad alium tranſeat, in *L. qui heredi*, 44. in princip. *eod.* dum hoc ſignificatur in conditione non eſſe ſpectandum, quid iuris ratio ferat: ſed quid fieri velit is, qui id factum in conditione exigit. Ideo cum id certæ perſonæ iniunctum eſt, ab ea perſona recedi non debere Etiam illud in commune obiicias quod dicitur heres eadem perſona eſſe cum defuncto. *d. Novel. de iureiur. a morient. præſt.* Sed & hoc ad ea non pertinet, in quæ heres non ſuccedit. Nam ut dicatur heres eadem eſſe perſona cum defuncto, prius eſt ut 4 ſit heres. Non eſt autem heres in his, in quæ non ſuccedit, cum omnis hereditas ſit ſucceſſio in ius defuncti. *L. hereditas*, *D. de reg. iur.*

oſtendentis ſibi bonam copiam eiurandam fore, ſi quid adverſi navi acciderit; interim autem ſe animi pendere ſpem inter metumque poſitum. Aſt ſi dicat, Si navis ex Hiſpania non rediiſſet, de me actum eſſet: verba ſunt gaudentis de reditu navis, oſtendentis navem certe rediiſſe, ac felici navigationis ſucceſſu damnum ſe imminens evitaſſe, &c Quibus popularibus exemplis pateſit, Scævolam iſthoc ſermone nihil aliud innuere quam ſtipulationem commiſſam eſſe ac conditionem exſtitiſſe. Ad quod & Coſta ſimiles locutiones adducit ex Vir. *Æn.* 4. Si naves Phrygiæ ad littora noſtra non appuliſſent. Sic *Pſ.* 106. v. 23. ut perderet illos, ſi non Moyſes ſtetiſſet in conſpectu eius &c. id eſt quia Moyſes avertit iram Dei, illis pepercit, &c. Accedit quod ſi in præſenti impleri non poſſet conditio poſt mortem Mævii, defectam eam dicere debuit Scævola potius quam non commiſſam, quia inter hæc aliquid diſcriminis *L.* 11. §. 11. *de leg.* 2. *L.* 17. §. *pen. ad Trebellian*

3) Quod omnium fere veterum conſenſo obtinuit ref. Covar. *Pract.* QQ. C. 39 *n.* 1. & probari ſolet ex *d. L.* 122. §. 4. *hoc tit.* ſed impertinenter, ut *N. prac.* Idemque ex *d. L.* 48. arg. a contrario ex verbis: *licet deceſſero*, &c. *&* *L.* 16. §. *ult. de fidei.* Et quia, ceu arguit Gœd. *Contr ſtipulat.* *T.* 9. *n.* 144. mera poteſtativa immediate perſonæ cohæret, eiuſque induſtria electa. Unde ſi eam non impleat contrahens, eſt quod illi imputari poſſit. Contra tamen noviorum multi. Alc. 1 *Diſput.* 13. Cuiac. *ad L.* 57 *hoc tit.* hoc utens argumento. Diverſum ius hac in re ſtipulatoris & legatarii. At ius conditionis dandi, & ita poteſtativæ non tranſit ad heredem legatarii. Ergo ad heredem ſtipulatoris tranſit, ut ſi ei adſcripta conditio, heres eius illam implere poſſit. Quod ſi heredi ſtipulatoris tribuimus, quidni & promiſſoris? Perſonam facientis ſpectamus in iis ſolum factis, quæ nullum opus relinquunt, ut adſcenſio Capitolii, ſaltatio, item voluntatis declaratio. Nec enim poteſt dici opus ſpectaſſe adſcribentem, ſi nullum inde opus. At qui id agit ut detur, inſula fabricetur, non tam perſonam ſpectat, quam opus quod remanet, videlicet dominii translatio, fabrica. Non refert, quis det vel faciat, modo detur vel fiat id quod dari fieri convenit. Et Duar. *in Scævola n.* 15. *per* §. 4. *Inſt. t. b. L.* 27. §. 1. *de reb. arb. d. L.* 13. *C. de contr. ſtip.* Et quia hæ conditiones per alium noſtro nomine impleri poſſunt. *L. ult. de cond. inſt.* Et exempla *L.* 8. *de. per & com. L.* 15. *de in diu add. L.* 2. *C. de pact. int empt.* (Sed ad *d. L.* 2. Reſp. Gail 2. *Obſ.* 2. *n.* 4. *&* 5. regulæ DD. exceptionem eſſe in conditione poteſtativa, cuius implementum verſatur circa reſolutiones contractuum.) Et pluribus firmat ac expendit Covar. *d. C.* 39. ubi *n* 7. Si non tranſiret, ait: daretur ex eodem contractu inæqualitas & diſpar contrahentium conditio. Tranſiret ad heredem unius, non alterius. Nec credendum quod excluſos heredes voluerint contrahentes, ſi per eoſdem ad eundem effectum impleri conditio queat, maxime ſi qui implere debuit impeditus, nec in mora fuit. DD. autem ſententia admittenda in conditionibus, quæ ita perſonæ adhærent, ut per alium impleri non poſſint, ut *d. L.* 48. *h. t.* quia conditio, ſi *petiero* ea voluntatis declaratione pendet, quæ mere perſonalis. Duar. *in Scævola n.* 15. Covar. *d.* C. 39. *n.* 6. Et quia hæc oria pronunciatio: *ſi me velle dixero*, nullum opus relinquit, operam perſonæ non opus ſpectaſſe qui conditionem adiecit, neceſſe eſt, Cuiac. *ad d. L.* 57. Ad *L.* 16. §. *ult. de fidei*. Reſp Duar. ibi non magno incommodo affici fideiuſſorem, cum ei ſalva actio contra heredes principalis rei maneat. Sed melius Covar. *d. n.* 6. ibi exemplum haberi conditionis non in poteſtatem ſtipulatoris collatæ; ſed ab alterius arbitrio pendentis: nec convenire huic quæſtioni de tranſmittendo iure conditionis implendæ ad heredem eius cui facta promiſſio, &c. Sane ſi contractus a diſpoſitione cœpit, fatentur DD. etiam qui diſſentiunt, ius implendi heredi non negari, ſicque exaudiunt *d. L.* 27. § 1. *de rec. arb.* Quia enim tunc principalis diſpoſitio, quæ pura eſt, ad heredes tranſit, conditio quoque, quæ acceſſoria *L.* 178. *de R. I.* Gail. 2. *Obſ.* 2. *n.* 7. Connan. 6. *Com.* 3. *n.* 12.

4) Idem ut factum a defuncto videatur factum ab herede, non contra. Donell. *ad d Leg.* 122. §. 4. *n.* 3. Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 9. *n.* 187. Sic & iniuria defuncto illata pertinet ad heredem, quia illi ignominioſum eſt ob repræſentationem *L.* 1. §. 3. *&* §. *pen. de iniur.* non contra.

iur. Etiam effectum est enim non succedere in potestatem conditionis implendæ.

V. Quæ sequuntur, iam proprie contractus attingunt, quorum dissolvendorum caussa potissimum de hac parte nobis hic institutus sermo est. In primis ius de stipulationibus constitutum, quo placet stipulationem faciendi ita transire ad heredes, ut quod promissor facere debuit ex stipulatione, si id non fecerit, liceat facere etiam heredibus ad evitandam pœnam, aut præstationem eius quod interest, *L. veteris, C. de contr. stip.* De quo sit hoc responsum, longe [5] aliam caussam esse stipulationis, aliam conditionis. Ex stipulatione nascitur obligatio, idest ius, quo tenetur promissor in id quod interest, si factum non sit, quod promisit. In hanc obligationem atque hoc ius heres etiam promissoris succedit. Primum quidem ut eodem iure teneatur: sed tamen ita, ut & ipse in ea obligatione quod promissor facere potuit ad evitandam præstationem eius quod interest, hoc idem facere possit heres, quo iuxta regulam iuris eodem iure utatur. *d. L. heres in omne*, 37. *D. de acq. her. L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* In conditione autem factum versari dixi, & quidem, quod personæ iniungatur, idest cohæreat. Quæ res facit, ut huius implendæ potestas non transeat ad heredes. *d. L. qui heredi*, 44. *L. si ita expressum*, 69. *D. de cond. & dem.*

VI. Sed præcipue adversari videbitur, quod in *§. ex conditionali*, *Inst. de verb. obl.* scriptum ita est: *ex conditionali stipulatione spes est debitum iri: eamque ipsam spem ad heredes transmittimus*. Qui spem debitum iri ad heredes transmitti dicit, idem dicit una & spem conditionis implendæ, seu spem conditionem impletum iri ad eos transmitti: quoniam ita est natura stipulationis conditionalis, ut ex ea nihil deberi possit, nisi impleta conditione. Volumus autem spem debitum iri transmitti. Fatendum igitur transmitti & spem conditionis implendæ. Et recte hoc colligitur, ac verissimum est: sed superiori sententiæ nihil adversatur. Animadvertendum est enim diei ista de diversis conditionibus, quarum species non modo istam varietatem iuris admittant, sed etiam postulent, nihil ut fieri possit convenientius. Cum dicimus potestatem implendæ conditionis ad heredes non transmitti, de [6] conditionibus in potestatem & factum stipulatoris collatis loquimur. Nihil verius, quam huius facti implendi potestatem ad heredes non transire: cum ea, quæ sunt facti, personæ eius qui facere debuit, cohæreant, eoque nec ad heredes aut alias personas etiam coniunctiores transeant. *d. L. qui heredi*, 44. *D. de cond. & dem. L. quod dicitur*, 130. *D. de verb. obl. §. sed cum factum*, *Inst. de stip. serv.* Quod in conditionibus faciendi personæ stipulatoris iniunctis præcipue cerni potest. In his enim natura rei hoc evenit, ut si stipulator vivus conditioni non paret, mortuo eo statim spes implendæ conditionis amittatur. Nam ipse quidem amplius facere non potest, quod erat in conditione, cum esse desierit. Heredes autem quidquid fecerint postea, id assequentur, ut dicantur ipsi fecisse; illud non assequentur, ut verum sit stipulatorem fecisse, quod illum non fecisse constat. Ut autem ipse faceret, conditio personæ eius iniuncta exigebat. At quod dicitur, spem conditionis implendæ ad heredem transmitti, de his conditionibus dicitur, quæ in casum conferuntur: Veluti, si navis ex Asia venerit, si rex Parthorum vicerit. Neque cum id dicimus, divinamus: sed ex ipsis verbis attendenti statim intelligitur. Spem enim conditionem impletum iri cum transmitti dicimus, nempe eam spem dici manifestum est, quæ mortuo stipulatore adhuc superest. Nam quæ spes amissa est, amplius spes non est; nec potest per rerum naturam spes transmitti, quæ nulla est. Iam vero hæc spes mortuo stipulatore superesse solum potest in iis conditionibus, quæ in casum collatæ sunt, quippe quæ solæ sint eiusmodi, quæ existere possint & vivo stipulatore & mortuo. Quare cum de his vere dicatur, eas post mortem stipulatoris impleri posse; superiores autem illas, quæ in factum stipulatoris collatæ sunt, non posse: apparet eum, qui utrumque dicit, quod nunc facimus, nihil contrarii, sed maxime consentanea dicere.

VII. Sed ut conditio non impletur aliter, quam si fiant omnia ad eum modum, quem verba præscribunt: ita si ad præscriptum verborum tantum impleta sit, nihil amplius requiritur. Quam ad rem appositissimum exemplum est in *L. cum servus*, 104. *D. de verbor. obligat.* Id si expli-

5) Quod & Covar. agnoscit *d. Cap.* 39. *Pract. QQ.* n. 3. diversa hæc esse, conditionalem contractum transmitti etiam ante conditionis eventum & ius conditionis implendæ transire. Posse illud concedit, hoc negari ubi conditio mere personalis. Conditionalis contractus licet semper transmittatur, quandoque tamen natura conditionis non sinit, ut ius eius implendæ transeat, si per alium impleri nequeat.

6) Potestativa autem debet a sciente impleri, reliquæ possunt etiam ab ignorante, de quo Io. Costa *de Factis scientia Dis.* 43. *Cent.* 2.

explicetur latius, tale est. Servus egit cum domino de se manumittendo, & pro liberiate, id est si ad libertatem perveniret, vel si manumitteretur, pecuniam domino pactus est. Ex qua caussa servum post manumissionem domino teneri placet. *L. 3. C. an serv. pro suo fact. post manumiss. ten.* Idem eius pecuniæ reum, id est expromissorem dedit, sub eadem conditione videlicet si manumissus esset. Dominus contempta hac pactione servum alienavit, declarans hoc facto nihil se minus, quam de eo manumittendo cogitare. Verumtamen servus manumissus est a novo domino. Hic prior dominus pecuniam petit ex conventione, quod dicat eius pactionis conditionem exstitisse. Manumissus negat quidquam eo nomine illi deberi. Quippe pecuniam pactam pretium esse manumissionis, quod non debeat percipere is, qui non manumisit. Multo minus si etiam facto suo obstitit libertati. Quod in proposito obiici priori isti domino potest, qui cum servum, quem manumittere poterat, & debebat, alienavit, per eum non stetit, quominus is servus perpetuo servus maneret: cum periculum esset, ne a novo domino non manumitteretur, utpote cum quo de libertate servi actum nihil esset. Et dicuntur recte ista adversus eum, qui pecuniam petat ob beneficium manumissionis. Nunc autem hic petitur pecunia ex conventionis conditione, de qua quæritur, utrum exstiterit, necne. Quia constat sub quacumque conditione quid promissum sit, dum possibili, nec turpi, nec in voluntatem promissoris collata, conditione expleta pecuniam deberi. *L. a Titio, 108. D. de verb. obl.* Placuit igitur & in proposito, quanvis servus ab alio manumissus sit, reum tamen recte obligari, ut est in *d. L. cum servus, eod.* quia ut ibidem adiicitur, non quæratur, a quo manumittatur servus, sed an manumittatur. Id est, quia conditio pactionis & stipulationis secundum verba plane exstiterit, ut nihil hic quærendum sit amplius. Conditio enim hæc erat, non si servus a priore domino manumitteretur, sed simpliciter si manumitteretur. Verum est autem eum manumissum, atque ita verbis conditionis satisfactum esse, a quocumque tandem sit manumissus.

VIII. Non est satis conditionem impleri, quo modo oportet: sed & eo tempore implenda est, quo oportet, ut recte ab utraque re dicatur impleta. In quo cum discrepent in quarundam conditionum interpretatione legata a contractibus, de quibus nunc agimus: boc maximo est, quod proprie in hac implendæ conditionis ratione nobis hoc loco attingendum fuit. Quod breviter faciam. Exstitit autem hæc discrepantia cum in conditionibus in faciendo positis, tum in conditionibus positis in non faciendo.

IX. Et quidem in conditionibus in faciendo positis oritur de tempore implendi dubitatio, cum conditio personæ stipulatoris, creditorisve iniuncta est. Ut in hac stipulatione, Si in Capitolium ascendero, si Stichum manumisero, decem dabis? Hic quæritur, utrum huiusmodi conditiones, quocumque tempore factum sit id, quod exigebant, videantur recte impletæ: an vero sit hoc implendi tempus, cum primum creditor facere potuit, quod in conditione erat, ut si tunc non fecerit, videatur defecisse conditio: eoque nihil ei prosit ad implendam conditionem, si postea ascendat in Capitolium, aut Stichum manumittat. Hic ergo se ostendit illa differentia, quam dixi esse inter legata & contractus de huiusmodi conditionum interpretatione. Nam in legatis, in quibus huiusmodi conditio iniecta est legatario, posterior interpretatio superior placuit. Ut puta, in hoc legato, Heres meus Titio, si in Capitolium ascenderit, decem dato; conditio sic accepta est, si ascenderit, cum primum potuerit ascendere. *L. hæc conditio, 29. D. de cond. & dem.* Quo significatur id tempus esse eius conditionis implendæ: quo non servato, nunquam postea recte impleatur conditio, quia non impleatur suo tempore. At non idem in stipulationibus & conventionibus omnibus probandum est, huiusmodi aliqua conditione stipulatoris personæ iniuncta. Nam legata ex voluntate testatoris pendent, non legatarii. Est autem ex voluntate testatoris, ut cum is aliquid iniunxit legatario, id legatarius pro beneficio & honore accepto, statim impleat, cum potest. Certe hoc illi debetur non tantum pro beneficio, sed etiam quia suprema voluntas est. De quo genere ita ius constitutum habemus, ut putetur publice expedire supremas voluntates & ratas esse, & quam citissime exitum habere. *L. vel negare, D. quem. test. ap. L. 1. C. de sacros. eccl.* In conventionibus autem ipsi sibi contrahentes legem dicunt, & parant, & si quid a conventione aut conditione exspectandum sit, id ipsi sibi statuunt. Proinde æquissimum est, ut quantum generalibus verbis sibi caverit stipulator quisque aut creditor, tantum quoque ei iure tribuatur. Quod & receptum est. *L. quidquid, 99. in fin. pr. D. de verb. obl. L.* non

non est ferendus, *D. de transf.* Porro hæc verba, si in Capitolium ascendero, si Stichum manumisero, generalia sunt multo certo tempore ascendendi, aut manumittendi definita. Quamobrem & omnes partes huius temporis continebuntur, ut quandocumque quid illorum fecero, mihi dari debeat. *arg. in L. si servitus*, *D. de ser. urb. præd.* Aliud si promissor dicat se sensisse, audiendus non est, quia facit contra verba stipulationis, quibus de conditione stipulatori cautum est. Quod & traditur iisdem illis locis duobus, *d. L. quid, quid*, & *L. non est ferendus*.

X. In conditionibus in non faciendo positis etiam in tempore implendi est, quo distent contractus a legatis: est etiam, quod inter hæc sit commune, sed de quo pariter dubitetur in utroque, ut & de eo hoc loco cognoscendum sit. Huiusmodi conditiones sunt in his tum legatis, tum stipulationibus. In legatis, ut Titio, si in Capitolium non ascenderit, decem dari volo. In stipulationibus, ut si Alexandriam non ieris: aut si in Capitolium non ascendero, decem dabis? Ergo in tempore huiusmodi conditionum implendarum sciendum est inter legata & contractus hoc interesse, quod quanvis natura non prius impleri intelligantur hæ conditiones, quam certum esse cœperit fieri amplius non posse, quod in conditione erat, puta Titium in Capitolium ascendere: me in Alexandriam ire non posse, de quo mox: tamen in legatis hoc tempus non necessario exspectatur: in contractibus exspectatur, ut non ante quidquam peti possit. Nam huiusmodi aliqua conditione legato iniecta, sit potestas legatario statim legatum petendi, dum offerat heredi satisdationem fore, ut si quid contra conditionem fecerit postea, legatum una cum fructibus restituat; quæ Muciana cautio appellatur. De quo iure scripsimus, quod sit satis *Lib. 8. Cap. 33.* In contractibus adiecta aliqua huiusmodi conditione, iubetur stipulator eventum superiorem exspectare, neque ?) superiori cautioni locus est, qua oblata promissi repræsentationem consequatur. Quod & adiecimus *eod. Cap.* Et simul differentiæ rationem reddidimus, ut horum utrumque inde petere liceat. Sed tamen etiam in legatis observari potest, quanvis cautione Muciana interposita repræsentatum sit legatum: tamen effectu non prius legatum certo deberi, quam illud tempus secutum sit, quo diximus has conditiones impleri: cum si quid postea contra conditionis legem factum fuerit, futurum sit, ut legatum reddatur, atque ita eo res redeat, quasi nec datum esset. Debitum certe non fuisse hic eventus declarat. Alioqui debitum solutum mansisset, nec soluti esset repetitio. *L. in diem*, 10 *L. si non sortem*, 26. *§. pen. D. de cond. ind* Ideo utrobique huc res recidit, ut statuatur, proprie non ante huiusmodi conditiones sive legatis sive stipulationibus iniectas impleri, quam certum esse cœperit adversus conditionem amplius peccari non posse. Quod ius quoniam & per se dubitationem habet, & præterea non est perpetuum; restat nobis etiam nunc hæc opera, ut de utroque pauca dicamus, quæ in legatis prætterita commode ex hoc loco repetentur.

XI. Ergo in hoc genere conditionum de tempore implendæ conditionis prima hæc quæstio occurrit, videanturne potius huiusmodi conditiones implendæ, simulatque promissor aut stipulator, heres aut legatarius, quibus conditio iniecta est, facere potuit, quod in conditione est, & non fecit: an vero in eo manere oporteat, ut non prius dicantur impletæ, quam certum esse cœperit id fieri non posse. Dubitationis caussa ex ambiguitate verborum, quorum conceptio in his conditionibus utramque interpretationem pati videtur. In hac stipulatione, exempli gratia, si in Capitolium non ascendero, decem dabis? sic est illa conditio, ut verum sit simpliciter me non ascendisse, si vel hodie non ascendi. Sed rursum si his verbis non præsens solum tempus complector, sed omne etiam futurum, quo ascendere possim, & id cavetur, ne per omne id tempus, quo possim, ascendam: apparet id agi, ne quid prius debeatur, quam id futurum tempus præterierit, atque hoc præterito constet me per id omne tempus non ascendisse. Et Sabino prius placebat. Sed posterior sententia obtinuit, quam & Papinianus probat, ut refertur in *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verbor. obligat.* Merito: cum eam tam evidenti ratione niti videamus. Atque hinc illud est, quod traditur in *§. si quis ita*, *Inst. de verbor obligat.* si quis ita stipuletur, si in Capitolium non ascendero dare spondes? perinde esse, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari.

XII. Sed babet hæc sententia hanc exceptionem, nisi aliud senserint sive testator, sive contrahentes. Quod cum sit, ex eorum mente sic conditio accipitur, ut tunc

?) Vid. *supra Lib. 8. C. 33. Not. 15. & Not. 18. Add.* Gœd. *de Contr. Stip. C. 7. n. 72.*

tunc exstitisse conditio intelligatur, cum is, cuius personæ conditio iniecta est, facere potuit, quod in conditione erat, & non fecit. Hinc primum recepta hæc interpretatio propter voluntatem in hac specie stipulationis, cum stipulatio, quæ huiusmodi conditionem accepit, incepit ab alia stipulatione, aut stipulatione idem factum exigente. Ut, fundum dabis? si fundum non dederis, centum dabis? In hac specie Papinianus Sabino est assensus, ut fateretur, si tu interpellatus a me ut fundum dares, non dederis, cum posset dari, statim committi stipulationem in centum. Hoc ille in *d. L. ita stipulatus*, 115. vers. *Sabinus*, *D. de verb. obl.* Dissimiliter ideo atque tunc, cum stipulatio incepit a conditione, non quod in utroque genere non sit eadem conditio, & significatio verborum; sed quod in posteriore, inquam, id actum intelligatur, ut statim fundum dares interpellatus, ac nisi dares, deberes pœnam. Quid enim efficit prior illa stipulatio, fundum dabis? nempe ut fundum petenti statim dare debeas, & sine mora, cum sit pura stipulatio. *§. omnis*, *Inst. de verb. obl.* Quid autem agit pœnalis stipulatio huic subiecta, si fundum non dederis, centum dabis? Id quod omnes pœnales stipulationes, ut firmetur scilicet stipulatio præcedens, non ut ab ea recedatur, ut significatur generaliter de pœna in *§. ult. Inst. de leg.* Quare cum ita subiicio si fundum non dederis, centum dabis? hoc dici apparet, si fundum non dederis ita, ut volui, & ut ex præcedente stipulatione dare oportuit, id est statim, cum petiissem. Non idem licet dicere, cum stipulatio conditionalis cœpit tantum a conditione. Sic enim nulla præcedens stipulatio aut pactio est, quæ mentem & sententiam contrahentium in conditione adiecta indicet aliam, quam verba conditionis significant: eam videlicet, quam supra his verbis inesse ostendimus. Unde & recte ea interpretatio recepta est, ut verbis stetur; quod in re dubia semper faciendum esse præcipitur. *L. non aliter*, 69. *D. de leg.* 3. Non solum autem utraque hæc interpretatio recepta est in conventionibus, quibus eiusmodi conditio adiecta est, sed etiam in legatis eodem modo relictis. Nam si testator ita leget: heres meus Titio penum dato: si penum non dederit, decem dato: tunc & conditio posterioris legati exstitisse; & decem inde deberi intelligentur, cum heres de pœna danda interpellatus in ea solvenda moram fecerit. At si ita leget: si heres meus Titio penum non dederit, decem dato: non prius videbitur conditio exstitisse, & decem deberi, quam certum esse cœperit penum ab herede dari non posse, vel quia heres mortuus sit, vel quia penus perierit, vel quia Titius decesserit, cui dari debebat. (Nam & hoc morienre exsistit conditio, & legati dies cedit. *L. ult.* illic, *de quo respondit. D. de cond. inst.*) Hæc sententia Papiniani est in *d. L. ita stipulatus*, 115. vers. *Sabinus*, & deinceps: *de verb. obl.* congruit *L.* 1. *D. de pen. leg. L. si penum*, *D. quand. di. legat. ced.* Nec mutat hanc sententiam Paulus in *L.* 1. *§. item si ita*, *D. ad leg. Falc.* qui sive ita legatum sit: heres meus Seio penum, dato; si penum non dederit, decem dato: sive ita legatum datum ab initio: si heres meus penum non dederit, decem dato: utrobique idem esse ait. Hoc enim ipse ibidem interpretatur, ut idem sit in eo, quod utrobique penus non est legata, sed sola decem, quæ in Falcidiam imputentur, si modo ex priore legato mora iam facta solverit heres penum. Quomodo autem & quando existat hæc conditio, si heres penum non dederit, neque ei propositum est eo loco dicere, neque verbo etiam uno attingit.

XIII. Sed ne hoc quidem in stipulatione aut legato [8] incipiente a conditione est perpetuum, ut in his ad implendam conditionem exspectari debeat dum certum esse cœperit, adversus conditionem amplius fieri non posse. Etiam in hoc genere interdum sic conditio accipitur, ut exstitisse intelligatur, cum is cuius personæ conditio iniecta est, facere potuit, quod in conditione erat, & non fecit, similiter ut si stipulatio a præcedente stipulatione cœpisset: idque non alia de caussa, quam quod hoc ipsum sensum esse a contrahentibus, aut testatore videatur. Id rribus in caussis receptum animadvertimus.

XIV. Una caussa est in stipulatione fideiussoria huiusmodi: Si reus quinquaginta, quæ ei credidi, non solverit; dare spondes? aut, fide tua esse iubes? Hic apparet stipulationem incipere tantum a conditione, si reus non solverit, quæ conditio est in non faciendo posita. Placet tamen stipulationem committi, non tunc primum, cum

8) A conditione initium sumit contractus, cum nulla oritur obligatio ante conditionis eventum, nec promittentis ad solutionem promissi, nec cui promissio fit ad implementum conditionis; vid. Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 8. Confer Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 31.

eum certum erit reum solvere non posse, quod fit eo moriente: sed statim postquam reus interpellatus non solverit, ut tunc quoque conditio superior exstitisse intelligatur. *L. fideiussor obligari*, 16. §. *ult. D. de fid.* Hoc ideo, quia etiam hæc stipulatio a præcedente sive stipulatione, sive conventione incipit. Non incipit aperte: at incipit tacite vi & natura stipulationis fideiussoriæ. Constat enim hanc pendere a conventione principali, quia tenetur reus, & eum subsequi. *§. fideiussores, Inst. de fid.* Reus autem pure tenebatur, & statim debuit petenti solvere. Quapropter cum subiicitur hæc stipulatio, si ille non solverit, dabis? apparet conditionem subiici in eamdem sententiam, Si non solverit videlicet, ut illum solvere oportuit, idest si non solverit statim, cum petam,

XV. Altera caussa est in specie & responso subdifficili. *L. si Titius*, 9. *D. de verb. obl.* Cum scilicet duo, puta Primus & Secundus, separatim eundem fundum ab eodem promissore stipulati sunt sub conditione, si eum alteri non dedisset. Ut si primus stipuletur hoc modo: fundum Tusculanum si Secundo non dederis, mihi dare spondes? deinde Secundus contra hoc modo: fundum Tusculanum si Primo non dederis, mihi dare spondes? Apparet hic quoque utriusque stipulationem incipere ab hac conditione solum, si Primo, aut Secundo non dederis. Quam & conditionem in non faciendo positam esse palam est. Placet tamen in *d. L. si Titius*, 9. & Primum & Secundum ex ea stipulatione agere posse, non tunc solum, cum certum erit promissorem fundum dare non posse, idest cum promissor mortuus erit; sed uter eorum primum petierit fundum, si promissor interpellatus vel ei, vel alteri eum fundum non dederit. Sed interpretationem subobscuri responsi fusiorem licet petere ex commentariis nostris ad eam *L.* 9. Speciem ipsam, quæ ex superiore definitione exciperetur, mihi nunc notare satis fuit.

XVI. Tertia caussa est eiusdem generis in manumissione testamentaria, cum servus sub huiusmodi aliqua conditione in non faciendo posita testamento domini liber esse iussus est. Veluti: Stichus, si in Capitolium non ascenderit, liber esto. Placet non esse hic exspectandum, dum certum fiat Stichum ascendere non posse, quod fit illo moriente; sed simulatque ascendere potuit, & non ascendit, videri exstitisse conditionem. Et quidem hoc dissimiliter atque in prioribus caussis, quod hic non exigimus, ut quisquam interpelletur, cum non postuletur a Sticho, ut quid faciat, sed ut ne faciat. *L. libertas*, 17. in pr. *L. ult. D. de manumis. test.* Receptum hoc a veteribus non favore libertatis, sed ex eadem voluntatis coniectura, quam supra diximus, quia scilicet testator hoc senserit. Licet hinc coniicere, quod credibile non est testatorem voluisse libertatem relinquere servo inutiliter: alioqui nec reliquisset. At inutilis manumissio futura est, si exspectamus dum moriatur servus, quo ex conditione liber fiat. Sic enim nec vivus liber fuerit, nec mortuus esse poterit. Quocirca repudiata hac interpretatione, relinquitur altera, ut intelligamus ex mente testatoris tunc exstitisse conditionem, cum servus potuit ascendere, & non ascendit. Neque hoc præter significationem verborum, ne quis forte dicat hanc interpretationem admitti non in re & significatione dubia, secus quam regula superior interpretationis exigit. *d. L. ubi, de reb. dub. d. L. quoties in stipulationibus*, 80. *de verb. obl.* Nam & eum qui hodie non ascendit, simpliciter non ascendisse verum est, ut ante diximus. Scio multo plura de toto hoc genere conditionum quæri & tractari solere; præsertim in ea parte, ubi de pœnali stipulatione agitur, quæriturque quando huius conditio exsistat & maxime cum cœpit a nuda conventione. Sed cum totum hunc locum exsecutus sim copiosius in commentariis ad *Tit. de verb. obl.* satis putavi hoc loco summam rerum complecti, contentus locum indicare unde fusior tractatio, si quis eam desiderat, sumi possit. Exstat ad *d. L. ita stipulatus*, 115. *num.* 24. illo Tit. *de verb. obl.*

CAP.

C A P. XIII.

Quo loco præstandum sit, & peti possit, quod ex quaque conventione debetur.

De præstationum loco. Interest an quidquam de eo convenerit; an nihil. I. *Si nihil: an certa res promissa sit; an incerta. Quid hæc ab illa differat cum in legatis, tum in contractibus.* II. *Si aliquid: standum conventis, nisi debitor recedat ex caussa. Duplex ista, & quæ.* III. *Quare potest alio loco petere creditor, invito debitore. Huius incommodo quomodo occurritur.* IV.

I. Tempore præstandi ex omni conventione cognito, sequitur præstandi locus, quam extremam præstationis circumstantiam posuimus, ut quod hic debetur, ut ex legati caussa, aliquo loco præstandum est, & peti oportet, cognoscamus, quo loco præstandum sit, & peti debeat. De eo breviter sic habendum. Interesse nihilne convenerit de loco, quo promissum præstari oporteret, an vero.

II. Si nihil convenit, servabimus hic eandem distinctionem rerum, quam usurpavimus in legatis, *Lib.* 8. *Cap.* 35. ut si quidem res certa promissa sit, ibi præstari debeat ubi est, etiam si alio loco debitor conveniatur. Sin promissa sit res incerta, puta res pondere, numero, mensurave constantes, aut corpus unum generaliter, ibi dari debeat, ubi petitur, ut in his idem sit præstandi, & petendi locus. De qua distinctione eodem illo *Capite* 35. *Lib.* 8. satis diximus, exstatque de re legata in *L. quod legatur,* 38. *D. de iud.* & *L. cum res,* 47. in pr. *D. de leg.* 1. Tantum adiiciendum est, cur dicamus hanc distinctionem uti tradita est in legatis, ita & in contractibus de re promissa servari debere: cum in rebus promissis nusquam quod sciam, usurpatam legamus. Et nobis hanc sententiam par ratio exprimit. Cur enim superiora loca in legatis sequimur? an non quia existimatur testator de his sensisse? neque enim ex suprema voluntate quidquam præstaretur contra voluntatem. Servemus igitur idem in rebus promissis, quia & de his locis contrahentes senserint. Nam & in stipulationibus, cæterisque contractibus semper servatur quod actum est. *L. semper in stipulationibus, D. de reg. iur.*

III. Sed hæc inquam, ubi de loco nihil convenit. Quod si dictum sit, quo loco quid dari oporteret: hic, ut in cæteris caussis conventio servanda est. Ideo sive species certa, sive pecunia, aut aliud genus certo loco promissum erit, ibi dari debebit, nec alio loco solvi invito stipulatore potest. *L. pen. D. de eo, quod cert. loc.* Nisi tamen ex caussa; quod temperamentum adiicitur in *L. usuras, C. de sol.* Caussa duplex, si aut debitor loco constituto solvere non possit, aut certum sit creditoris nihil interesse ibi solvi. Quæ quando accidant, & omnino quæ plura de hac potestate alibi solvendi quæri possunt, si quis requiret, reperiet a nobis exposita in commentariis ad *d. L. pen. de eo quod cert. loc.*

IV. Quod tamen certo loco dari promissum, non potest debitor alio loco solvere invito creditore; id creditor contra invito debitore alio loco petere potest, ut ibi solvatur, constituta in eam rem creditori arbitraria actione. §. *loco, Inst. de act.* Sed cur contra conventionem apertam? aut cur hic conceditur actori, quod non licet reo, contra certi iuris regulam? *L. non debet actori, D. de reg. iur.* Necessitas hoc ius expressit. Nisi enim hæc facultas creditoribus alibi petendi data erit, non videntur ad ius suum pervenire posse. Ratio reddita in *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* quod quale esset, ibi fusius ostendi. Ne tamen dum hic creditori consulitur, fieret iniuria reo, dum alio loco agendo loci constituti utilitas ei adimitur: huic incommodo ita occursum est iure, ut alio loco petenti proponeretur quidem actio, sed arbitraria: in qua scilicet ratio habetur utilitatis eius, quæ promissori competitura esset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit, ut est in *d.* §. *loco, de act.* idem in *L. unica, C. ubi conven. qui cert. loc. dar. promis.* *L.* 2. *D. de eo quod cert. loc.* Plura de hoc genere petere licet ex commentariis nostris ad *tit. de eo quod cer. loc.* ubi de eo ex professo scripsimus. Summam require ex inscriptione ad extremum.

DE

DE OBLIGATIONIBUS
QUÆ EX QUASI CONTRACTU NASCUNTUR.
CAP. XIV.

Quasi contractus quid sit: Quasi contractuum genera summa duo neque plura, Agnitionem voluntatis supremæ, & Rerum alienarum tractationem. Tum de genere, & quæ hinc obligationes.

Transitio. I.
Quid sit quasi contractus; & cur ita nuncupetur. II.
Quasi contractuum genera duo summa; supremæ voluntatis agnitio; & alienæ rei administratio. III.
Agnoscit voluntatem heres & legatarius; & quomodo uterque. IV.
Agnitione heres obligatur ex quasi contractu creditoribus & legatariis. V.
Creditoribus improprie; proprie legatariis & fideicommissariis. VI.
Legatarii singularum rerum, a quibus quid præstitum voluit testator, obligantur & ipsi ex quasi contractu, & quare. VII.

I. EX quatuor generibus caussarum, ex quibus omnis obligatio, & quod nobis debetur, oritur; contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: expositum est primum illud genus latissime patens in vita quotidiana, & commerciis hominum, quod conventiones & contractus continet. In quo quam variæ sint species caussarum huius generis, quæ vis & potestas cuique obligationi subiecta, hucusque ostendimus: sive quæratur, quid, quantumve, a quo & cui inde præstandum sit, & peti possit; sive quando, & quo loco præstandum; & unumquodque quibus actionibus. Huic generi proximum est illud, quod & secundum in superiore divisione nostri fecerunt, quem quasi contractum vocamus. §. *ult. Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.*

II. Quasi contractus est, factum omne non turpe, quo aut is qui fecit, alteri; aut alter ei, aut uterque alteri [1] sine consensu obligatur. Dixi non turpe, ne factum incidat in maleficium; quod appareret in hac divisione toto genere distingui a maleficio. Dixi sine consensu; quia alioqui consensu interveniente contractus futurus sit, non quasi contractus. Nunc autem etiam a contractu quasi contractum & nominis ratio, & divisio superior aperte separat. Hoc factum dicitur quasi contractus, quia cum neque maleficium habeat, neque speciem maleficii, & tamen obligationem pariat, propius ad similitudinem contractus accedit, ubi scilicet & sine maleficio obligatio nascitur. Qua ex similitudine factum est, ut quasi contractus interdum absolute [2] vocetur contractus, ut in *L. ex contractibus*, 49. *D. de obl. & act. L. sed & cum* 16. *D. de neg. gest.* Nonnunquam contractus appellatione contineatur, ut in §. 1. *Inst. de act.* Similitudo verbo quasi notata more loquendi nostris usitato in iis demonstrandis quæ ad similitudinem aliarum rerum sunt inducta. Sic enim nostris dicitur quasi possessio, quæ vere possessio non est, sed possessionis similitudinem habet, ut usus in servitutibus. *L. si quis diuturno, D. si ser. vind.* Quasi Serviana actio, quæ Servianæ similis est, & ad eius exemplum introducta, §. *item Serviana Inst. de act.*

III. Eorum factorum in quibus quasi contractum ponimus, genera sunt duo, & totidem caussæ summæ, ex quibus obligatio ut ex quasi contractu nascitur; Agnitio supremæ voluntatis testatoris, & Rerum alienarum tractatio, sive administratio. Neque generibus caussæ plures sunt. Nam quod Caius, & ex Caio Iustinia-

1) Vero scilicet & aperto, tacito enim & præsumpto consensu fit. Gœd *ad L.* 12. *de V. S. n.* 7. Vult *in d. pr.* 1. *de O. quæ ex contr. n.* 5. Non vere, ait, sed præsumptive ac fictione iuris contrahitur, solumque ius, præter factum hominis inducit obligationem. In plerisque equidem voluntas & animus obligandi ex parte una, vid. *Lib.* 4. *C.* 16. *N.* 2. non tamen is consensus, qui, voce ipsa id arguente, proprie non est unius.

2) *L.* 9. *pr. de duob. reis L. ult. in quib. ca. pig. tac.* Et qui quasi contrahit simpliciter contrahere dicitur *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *Quib. ex ca. in poss.* largo tamen significatu ac improprio. Nec dispositioni aut statuto loquendi de contractu locus in quasi contractu, nisi ratio omnino eadem, vid. Tiraq. *post LL. conn. Gl.* 5. *n.* 127. & 2. *seqq.*

nianus inter caussas huius obligationis numerant indebitum per errorem solutum, *L.* 5. §. *is quoque D. de obl. & acti.* §. *pen. Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* quam non recte ab illis factum sit, satis supra ostendisse videmur in indebiti condictione *Lib.* 14. *Cap.* 16.

IV. Agnoscunt voluntatem defuncti genera personarum duo, quo facto & hoc genere quasi contractus totidem obligantur; heres, & legatarius. Agnoscit heres, cum hereditatem admittit, extraneus adeundo, aut pro herede gerendo: suus se immiscendo. §. *pen.* §. *sui. Inst. de her. qual. & diff.* Hac enim lege hereditatem suscipit, ut simul se eius oneribus omnibus subiiciat; in quibus sunt etiam ea, quæ testator inde præstari voluit. Agnoscit legatarius, cum legatum agnoscendo adquirit; quod fit, cum primum legatum ad se pertinere voluit. *L. servum filii*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. 1. *D. de leg.* 1. Commodum enim agnoscendo, quod est in perceptione legati; etiam incommodum, si quod ex voluntate defuncti legato adiunctum est, subire intelligitur. Bene enim Iustinianus, non esse eum ferendum ait, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. *L. unica*, §. *pro secundo*, in fin. *C. de cad. tol.*

V. Hoc modo obligatur heres duobus generibus personarum; creditoribus hereditariis, & legatariis, seu fideicommissariis. *L.* 2. *C. de hered. vel act. vend.* Creditoribus obligatur duplici nomine; defuncti, & suo. Defuncti nomine, hoc ipso quod est heres. Cum enim hereditas sit successio in universum ius defuncti: *L. hereditas*, *D. de reg. iur.* sequitur, ut quo iure tenebatur defunctus, eodem & teneatur is qui in ius & locum defuncti successit. Is autem est heres. *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* *L. quædam*, §. 1. *D. de eden.* Inde dictum, hereditatem obligare nos æri alieno: intellige quæ modo nostra facta sit, non ipsam per se. *L. more*, *D. de adq. her.* Illo vero modo non obligatur heres ex quasi contractu: sed quæ & qua ex caussa adversus defunctum fuit actio, eadem ex persona defuncti datur in heredes, ut si obligatus fuit defunctus ex contractu, teneatur & heres ex contractu: si ille ex delicto, ut in condictione furtiva, & hic ex eodem delicto & eadem condictione. *L. ex contractibus*, 49. *D. de obligat. & act.* *L. si pro fure*, 7. §. *ult. D. de cond. furt.* Itaque dum hoc iure convenietur heres, nihil id ius ad hunc locum pertinet. Sed obligatur heres creditoribus & suo ipsius nomine ac facto, seu quasi contractu. Sic enim traditur in *L.* 3. in fin. & *L.* seq. heredem qui adit hereditatem, quive se immiscet, cum creditoribus contrahere videri. Quod nihil aliud est, quam quasi, & quodammodo cum his contrahere. Cur autem? quia hereditatem suscipiendo id agit inter cætera, ut se oneribus hereditariis subiiciat; quippe sciens hac lege hereditatem sibi deferri, ut oneribus hereditariis obstringatur. *L.* 2. *C. de her. act.* Atque inter hæc onera est æs alienum: cui etiam ob hanc caussam hereditas nos obligat, *d. L. more*, *D. de acq. hered.*

VI. Sed minus proprie hic dicatur obligari heres ex quasi contractu suo; cum quocumque modo obligetur creditoribus hereditariis, certe idco obligetur, quia prius creditores sint hereditarii, id est quia prius obligatio sit profecta a defuncto. Tunc proprie dicendus est heres obligari ex quasi contractu, cum 3 nulla alia caussa est eius obligandi, quam quod ipse contraxisse videtur. Quo modo obligatur legatariis & fideicommissariis, quibus quid ab herede præstandum relictum est: quæ ideo sola adversus heredem statuitur obligatio ex quasi contractu in §. *heres. Inst. de obligat. quæ ex qua. contr.* Nam legati nomine nunquam obligatus fuit testator: ac nec potest obligari: sive quod legatum a se præstari non vult, sed ab alio; sive quod si vellet a se præstari, ea voluntas sola eum non obligaret; cum ne pacto quidem & consensu quisquam obligetur. Quo fit, ut heres primum obligetur legatariis. Cum quibus si nihil contraxit, si adversus hos nihil deliquit, restat, ut his obligetur quasi ipse primum velut contraxisset. Obligationis autem ratio, agnitio supremæ voluntatis, ut dixi; voluntatis, inquam, quam ratam haberi publice interest. Atque hinc actio in personam. Quod genus cum ad persecutionem legatorum pertineret, de eo in legatis dicere necesse habuimus, & quantum satis est, diximus. *Lib.* 8. *Cap.* 30. Tantum notandum erit, caussam huius tum obligationis, tum actionis ad hunc locum; vim & usum ad legata pertinere.

VII.

3) Atque hæc obligatio non ex sola dispositione testatoris, sed voluntate heredis adeuntis. Unde infert Lud. Vital. 2. *Var. lect.* 22. n. 9 heredem nec naturaliter obligari ad præstanda legata integra citra detractionem Falcidiæ eo, quod ultra consensum suum (voluntatem dicere debuerat. Nec enim vere consensus, nec proprie etiam consentit testatori, quia non in idem tempus, vid. supra *Lib.* 12. *C.* 10. *N.* 5.) adstringi non debet.

VII. Non solum hoc genere quasi contractus obligatur heres legatariis & fideicommissariis, sed & legatarii singularum rerum, a quibus etiam testator quid præstitum voluit. Nam & adversus hos eædem actiones constitutæ sunt huius legati & fideicommissi nomine, quæ adversus heredes de iis quæ ab heredibus relicta sunt. *L.* 1. §. *pen. C. com. de leg.* Obligationis ratio quæ supra, in agnitione voluntatis defuncti, dum legatum ab eo datum admittitur, suscipiturque eius voluntatis commodum & incommodum. Et de eo scripsimus eodem illo *Cap.* 36. *Lib.* 8.

C A P. XV.

Rerum alienarum administrationis genera tria, quæ. Initium ab administratione earum rerum voluntaria, ex qua est obligatio & actio quæ dicitur negotiorum gestorum; Ac primum in ea de directa huius generis actione. Quid in eam veniat; Cui; Adversus quem competat.

Administratio alienarum rerum triplex, & quæ: partitio omnis breviter explicata. I.
Voluntaria rerum alienarum tractatio obligationem negotium gerentis, & eius, cui gestum continet. II.
Negotium gerens tantum gerere debet, quantum gerendum suscipit: inde in illo gesti & non gesti obligatio. III.
Gesti obligatio, de his quæ ad eum ex administratione pervenere, & de his quæ male gerendo corrupit. Utraque præstatio qualis. IV. V.
Non gesti, de eo quod acquirere potuit nec acquisivit; & de eo magis quod periit ipsius culpa. VI.
Culpa & quidem non lata, sed levissima, & quare. VII.
Interdum tamen lata dumtaxat; & quando. VIII.
Quid actio negotiorum gestorum; & qua ex caussa nascatur. IX.
Cui prodita, & adversus quem. X.

I. Rerum alienarum tractatio omnis etiam ipsa per se sine mutuo consensu obligationem parit: sed obligationem non unius modi. Ea generibus tractationis distinguitur. Omnis rei alienæ sive tractatio sive administratio aut [1] Voluntaria est, aut Necessaria, aut Mixta. Voluntaria est, cum quis absentis negotia nulla necessitate publici muneris aut rei suæ familiaris coactus gerenda suscipit. Ex quo est ea obligatio & actio, quæ dicitur negotiorum gestorum. De qua in §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quasi contr.* & *Tit. de negot. gest. D.* & *C.* Necessaria est, quæ muneris publici necessitate alicui imponitur. Cuius generis in tutoribus tutela, in curatoribus cura, sive curatio. Unde actiones tutelæ inter pupillum & tutorem, illi directa, huic contraria. *D. de tut. & rat. distrah. act.* & *Tit. de contrar. & util. tut. act.* Inter curatorem autem, & eos, qui eius curæ commissi sunt, negotiorum gestorum utilis itidem directa & contraria. *L. quid, C. arb. tut. L. curatoris, C. de negot. gest.* Mixta rerum alienarum tractatio est in iis, inter quos est eiusdem rei communio, aut confinitas constituta: sive ea hereditatis est communio, sive rerum singularum. Hereditatis inter heredes: unde obligatio & iudicium familiæ erciscundæ. Rerum singularum, ut inter socios unius rei: Unde obligatio & iudicium communi dividundo. Est & inter confines: unde iudicium finium regundorum, de quibus omnibus dicetur suo ordine. Harum rerum tractationem & administrationem mixtam dicimus, dum hoc intelligi volumus partim voluntariam esse, partim necessariam. Et est omnino ita. Sed cum facile intelligi non possit nisi partibus huius obligationis, & earum conditione cognitis, nos huius verbi rationem in eum locum, in quo de eo genere agitur, reiiciemus. Nunc de obligatione singulorum generum, uti hæc a nobis proposita sunt, dicere incipiemus.

II. In his prima occurrit voluntaria rerum

1) Hinc Ciceroni *in Bruto* negociorum gestorum dicitur voluntarius procurator, & voluntarium negotium gerere *L. 9.* § 6. *de reb. auct. iud. poss.* Cuiac. 10. *Obs* 25 Et passim procurator appellatur *L.* 24. *h. t.* ut quidem eam accipiunt, Gilb. Reg. 2. *Enant ult.* Pac. 2. *Quæst.* 60. *&* Gifan. *ad L.* 13. *de acq. do. n.* 5. *&* *ad L.* 54. *Cod. t. n.* 2. *L.* 22. §. 2. *&* §. 8. *Rat. rem hab. L.* 58. *cir. fin. pr. de solut. p.* 314.

rum alienarum tractatio. Hæc etsi ignorante & nec consentiente domino suscipitur: tamen non minus quam in mandato duorum obligationes recipit. Nam & obligatur is qui quid gerendum suscepit: & vice mutua, quod prima fronte mirum videatur, obligatur is quanvis ignorans, nec postea ratum habens, cuius negotium gestum est. Quæ cum obligationes ut personis ita rebus distincta sint, de his separatim dicendum est,

III. Qui alienum negotium gerere instituit, is duarum rerum suscipit in se obligationes, gesti, & non gesti. Gesti semper. Non gesti ita demum, si quid gerere debuit, & non gessit. Quid gesserit quisque in facto positum est. Et ut inciderit quidque, quale id sit, res ipsa probabit. Quid autem gerere debeat quisque in rebus alienis sponte susceptis, positum est in iure; quod & inde sumi oportet. De quo sic habendum est. In voluntaria negotiórum administratione, tantum gerere quisque debet, quantum suscepit gerendum. Sane enim susceptum explicare & consummare debet. Novum autem inchoare non habet necesse. *L. nam & Servius*, 21. *§. si vivo*, *D. de neg. gest.* Nec nos moveat tutorum & curatorum exemplum, qui de omnibus, quæ versantur in bonis pupillorum, & adolescentum ac similium, tenentur. Bene enim ad hæc munera distinguenda ita scriptum est in *L. tutori*, *C. de negot. gest.* tutoribus quidem & curatoribus necessitatem muneris administrationis finem facere; ei autem qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, propriam voluntatem; ac satis abundeque sufficere, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Quæ ratio Papiniani fuit in eadem re, ut refertur in *L. tutores*, 39. *§. qui se*, *D. de adm. tut.* Sane si quis ita quædam gerenda suscepit, ut eius contemplatione alius ad ea negotia non accederet, vir alioqui diligens, qui omnia gesturus fuerit: placet eum, qui quædam tantum gessit, etiam de his quæ non gessit, quanvis non suscepisset [2] teneri. *L. si pupilli*, 6. *ult. D. de neg. gest.* Merito: sic enim apparet per eum factum esse, quo minus omnia recte gererentur.

IV. Gesti obligatio duas præstationes continet. Una est de his quæ ex ea administratione ad gerentem pervenerunt. Altera de his, quæ male gerendo corrupit. De priore ita scriptum est in *L. 2. D. de neg. gest.* debere eum, qui gessit, restituere, si [3] quid ex his negotiis retinet. Quid est autem, quod ab eo retinetur? nempe quod ad eum pervenit, neque restituit. Quod autem dicitur ex his negotiis, sic accipiemus, non tantum si quid acquisiit ex rebus domini, ut fructus, ut pecuniam, quam solutam eius nomine accepit: sed etsi quid extra eas res, per occasionem tamen administrationis pervenit. Itaque etsi quis fundum meum petens meo nomine, quasi ei mandatum esset, ut peteret, consecutus sit & eum fundum, & ampliores fructus, quam oportuerat, placet eum debere utrumque mihi præstare, quanvis fructus consequi non debuerim. *L. si autem*, 8. *§. 1. D. de neg. gest.* Idemque placuit, in eo, qui nomine meo exegit pecuniam indebitam, cuius exactionem postea ratam [4] habeam. *L. si pupilli*, 6. *§. item quæritur*, *L. si quis negotia*, 23. *D. eod.*

V. Male gesti damnum semper præstabit, qui negotium gerit. Veluti, si arbores succidit, si ædificia diruit, ut meliora iudicio suo reponeret; si pecuniam domini male collocavit, si novam negotiationem instituit. Et quidem in his omnibus ita, ut non solum dolum & culpam præstet, sed etiam casum, ut si quod damnum ex eo, quod instituit, secutum fuerit eum sequa-

2) Pac. 2. Q. 54. Et sic accipit *L. 8. pr. h. t.* & repetendum ex *d. L. 6. §. ult.* quod alioqui alius ad ea negocia accessurus. Nec initium *d. pr.* usque ad vers. *ideo* Triboniano adsignandum, ceu vult Ant. Fab. *ibid.* quia, inquit, etsi alius accessurus, tamen nec is sine mandato agere potuisset. Imo potuisset, inquam, præstita cautione rati.

3) Ut & fructuum ex illis rebus, vid. Io. Copus *Lib. 3. de Fructib. Tit. 5. Cap. 2.*

4) Atqui si ratum habuerit quod gestum est dominus, mandati actio oritur lege sexagesima de R. I. cum ratihabitioni sit vis mandati. Resp. Vulgo negotiorum gestorum actionem dari *d. L. 6. §. 9. d. L. 9. C. h. t.* quando dominus non scit geri, & ratihabitio sequitur. Secus quando geri scit, nec contradicit *L. 6. §. 2. Mand.* Quod displicet Cuiac. ad *d. L. 66.* putanti utramque actionem concurrere, quia ratihabitionis duplex vis. Ut alienum negocium meum faciat, & ut vim mandati habeat. Male Ant. Fab. ad *d. L. 6. §. 9.* ideo ibi actionem mandati non dari, quia ratihabitio comparatur mandato, quoties negocium gestum eius, qui ratum habet. Ibi autem alterius negocium licet eius contemplatione ubi necesse est, prius faciat negotium suum, qui ratum habet, quam ut mandati vis ratihabitioni tribuatur, & fere P. Fab. ad *d. L. 60.* Pac. 2. Q. 53. utramque responsionem fere coniungit, ut si negocium gestum eius qui ratum habet, illius nomine: sit mandati *d. L. 60.* & negociorum gestorum *L. 9. h. t. L. 50. pr. Mand.* actio. Sin non illius nomine, negotiorum gestorum actio *d. L. 7. §. 9. & seq. h. t.* Sed Gregor. Lopez. *Animadv. C. 31. n. 2.* ratihabentem quidem cuius negocia gesta sunt, teneri actione mandati contraria *d. L. 60.* Non autem contra eos qui negocia gesserunt, dominum ob ratihabitionem suam actione mandati directa experiri, sed negociorum gestorum *d. L. 6. §. 9. D. L. 9. C. h. t.* Cui accedo. Plus enim aliquando esse potest in actione mandati, maxime si ponas, ut quidam volunt, vid. *N. 6.* in negotiorum gestorum actionem non venire damnum levissima negligentia datum, quod venit in actionem mandati. Nec suo facto quis efficere potest, ut arctius obstrictum habeat reum. Ratihabitio sequuta novam mandati obligationem ei, qui negocia gessit, parere potest, idque rationis est, non vero ipsi ratum habenti, ne suo facto alium nolentem obliget.

ſequatur: lucrum vero abſentem. Sic tamen, ut ſi in quibuſdam lucrum factum fuerit, in quibuſdam damnum; abſens lucrum cum damno (5) penſare debeat. *L. ſi negotia*, 11. *D. de neg. geſt.* Nec audietur eius excuſatio in his, quæ fecit, ſi dicat, ſe bono animo & ſedulo feciſſe, quæ inſtituit. Recte enim illi regeretur ex adverſo, quod præclare ſcriptum eſt ex Caio in *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* non debuiſſe quemquam ſuſcipere id, in quo intelligeret, vel intelligere deberet imperitiam, vel imbecillitatem ſuam alii periculoſam futuram.

VI. Non geſti item duæ præſtationes. Nam & quod is qui gerendum negotium ſuſcepit, negligentia ſua perire paſſus eſt, & quod cum acquirere poſſet, non acquiſiit, utriuſque rei nomine pariter tenetur, ut quod hic amiſſum eſt, præſtet, in omnibus præſtando & dolum & culpam. Quorum utrumque præſtare eum debere generaliter traditum eſt *d. L. ſi negotia*, 11. *D. de neg. geſt.* §. 1. *Inſt. de oblig. quæ ex quaſ. contr.* Et ſi lucri omiſſi ratio hic habetur, ſatis argumenti erit, multo magis damni negligentia dati rationem haberi oportere: cum damni ratio ſit potior. *L. ult.* §. *pen.* in fin. *C. de cod. L. non debet actori*, §. 1. *D. de reg. iur.* Atqui & de priore conſtat. Quam ad rem accommodatum eſt hoc exemplum, de quo compluribus locis reſponſum eſt. Debitor creditoris ſui abſentis negotia gerenda ſuſcepit. In ſuſcepta adminiſtratione hoc ad curam eius pertinet, ut si quid domino negotii debetur, & exigere poteſt, id exigat, & exactam pecuniam prout licebit, recte collocet. Et quidem ab aliis exigere non poteſt, qui mandatum domini ad exigendum non habet, Sed a ſe poteſt exigere, quod ipſe debuit. Quod niſi facit, exinde ex quo potuit id facere, placet eum idem ipſum debere incipere negotiorum geſtorum actione; neque id ſine certo effectu. Nam ſi prius debitum uſurarium non fuit, incipiet eſſe uſurarium. *L.* 6. §. *ult. D. de neg. geſt.* utpote deberi cœptum iudicio bonæ fidei, qualis eſt actio negotiorum geſtorum. §. *actionum autem, Inſt. de act. L.* 7. *D. de neg. geſt.* At quas ad uſuras præſtandas uſurarium? Non utique ad eas, quæ ex mora præſtari ſolent; ſed ut debitor ſtatim incipiat debere eas, quæ ex more regionis confici potuiſſent, ſi pecuniam a ſe exigiſſet, & collocaſſet, ut debuit. Ad hanc ſummam referri debent hæc capita. *d. L.* 6. in fin. cum *L. ſeq. L. divortio*, 35. *L. litis*, 37. §. 1. *L. qui ſine*, 38. *de neg. geſt.*

VII. Hac parte præcipiendum eſt, eum qui quod gerere debuit, omiſit, neglexitve, non tantum eo nomine teneri, ſi quid conſulto in eo peccavit, aut lata culpa, ſed etiam ſi quid per imperitiam, ſocordiam, aut imbecillitatem. Denique diligentiam ab eo exigi, non quantum rebus ſuis adhibet, ſi forte in ſuis eſt negligentior; ſed quantum diligens, atque adeo diligentiſſimus ſuis rebus (6) adhibere conſuevit. §. 1. *Inſt. de obl. quæ ex quaſ. contr.* ut conſequens ſit, ſi hanc non adhibeat, id eſt ſi quid omittat, quod ad rem conſervandam augendam facto opus fuit, eum omnis eius negligentiæ & deſidiæ nomine teneri. Quod recte conſtitutum eſt a veteribus. Nam quod dicitur, nulli officium ſuum, quod non ſua, ſed alterius gratia ſuſceperit, debere eſſe damno-

5) Obſtat, *L.* 23. §. 1. *L.* 26. *Pro ſoc.* Reſp. Ant. Fab. *ad d. L.* 9. diſſenſionem ſtatuit recte Coſtal. *ibid.* loqui *d. L.* 9. de damno ex caſu ſequuto, ut ex verbis aperte liquet. Sed. *d. L.* 23. & *d. L.* 26. de damno ex culpa orto, ut verba ipſa evidenter oſtendunt.

6) Conſentit Cuiac. *not.* 1. *Sent. Pauli* 4. §. 1. & 2. *diff. Modeſt in L.* 23. *Depoſiti*, quia aliena negocia ſuſcipiens hoc in ſe recipere videatur, ſe omnem curam diligentiamque adhibiturum, ideoque quaſi ex ſua voluntate culpæ leviſſimæ nomine teneatur, & Vult. (1) *Diſc.* 15. urgens voculam *quiſque* in *d.* § 1. *in fin.* Regulam igitur illic tradi ut plerumque exactiſſimum diligentia præſtetur, quam exactam interpretari eum DD nimis ſit divinatorium. (2) *L.* 14. *Cod. de Uſur.* verbis omnem diligentiam, quæ cum de fœmina ſit, & quidem matre, longe maiori ratione obtinebit in viro & extraneo. (3) *L.* 11. *D hoc tit.* ubi culpæ nomine *leviſſimam* quoque comprehendi ſubſequens caſus oppoſitio convincit. Et alias non plene expoſuiſſet IC. quid culpæ caſuſve nomine præſtandum, ſi leviſſimam omiſiſſet. Accedit quod culpa ſimpliciter omnes ſpecies complectatur, niſi res ſubiecta aliud arguat, & niſi aliqua ſpecies excipiatur ut in *L.* 25. §. 16. *fam erc.* 4 *L.* 21 *C. Mandati*, ubi generatim aliena negocia exacto, id eſt exactiſſimo, tum propter oppoſitionem ſua negotia gerentis, qui & negligentiſſime in iis verſari poteſt, tum per ſeqq Faciunt illa Cic. *pro Roſcio* qui licet de mandato, ratione tamen cuius negotiorum geſtioni communi. (5) Quia hæc regula DD. cum ſe quia geſtioni obtulit leviſſimam culpam præſtari. Opic. *L* 20 *C. h. t.* Reſp. Vult. in LL. Cod. argumentum non convenit a poſitione unius ad remotionem alterius, quia ad propoſitas preces reſcriptæ, nec de culpa leviſſima ibi reſponſum, quia nec quæſitum. Alias pari ratione ex *L.* 22. *C. h. t.* inferri poterit leviſſimam culpam præſtandam. Minus obſt *L.* 32 *D h. t.* Quin oppoſitio caſus arguit omnem culpam æſtimari. Diſſ. Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 4. *n* 12. *in fin.* tum demum hoc admittens, ſi alius adfuit negocia diligentius geſturus, per *d.* §. 1. & M. Ant. Delrio *ad d. L.* 13. *C.* 14. quia puro amore abſentis commotus videatur acceſſiſſe: Nec ſi exactiſſime diligentiæ adſtringimus negociorum geſtorem facile quiſquam ea geſturus. Unde indefenſa ſæpe relinquentur, & peribunt. Sed Reſp Vult iura certis rationibus conſtituta, ex dubiis eventibus æſtimari non debere. Nec credendum eum cuius negocia geſta ſunt ab amico, ita rigide cum ipſo acturum; quin ſi de animo gerentis benevolo conſtet, forte ex æquitate actionem ſummo iure ſtrictiorem temperandam fore arg. *L* 3. §. 9. *h. t.* Sane ſi quod huius rationis momentum, non video cur non & in mandato obtinere idem debeat, quod tamen diſſentientes ipſi negant. Neque enim fere mandatur niſi amico. vid. *ſupra lib.* 13. *C.* 12. *N.* 1. nec ab initio maior ſuſcipiendi mandati quam negocii ſine eo gerendi neceſſitas. Quin ibi imputandum aliquid poſſe videtur mandati quod non diligentiorem quæſierit, hic plane nihil.

mnosum; *L. si servus*, 51. §. *quod vero*, *D. de furt.* item, cum in negotio, quod geritur, versatur solius creditoris utilitas, nulla debitoris, toties a debitore dolum, non etiam culpam præstari, ut in deposito. *L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. commod.* Etsi utrumque tale est, ut officio eius conveniat, qui officii caussa negotium alienum domino gerit, non sibi: tamen utrumque sic accipiendum est, nisi qui negotium gerit, negotio gerendo se obtulerit, ut in deposito ipso receptum est, *L.* 1. §. *sæpe*, *D. dep.* & præterea nisi culpa officium susceptum præcesserit. Nam & casus fortuitos dicimus a nemine præstari, sed cum hac exceptione, nisi eius culpa casui caussam dederit. *L.* 5. §. *quod vero*, *D. commod.* §. *item is*, *Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Quorum utrumque intervenit in eo, qui ad negotia aliena sua voluntate gerenda accessit. Eum quidem se negotiis gerendis offerre notum est. Atque hoc qui facit, de sua industria & facultate rei gerendæ quodammodo polliceri ac recipere videtur; ut non sit iniquum eum sua lege & velut pollicitatione teneri. Culpam vero eius in suscipiendo confirmat regula iuris, qua traditur, Culpam esse immiscere se rei ad se non pertinenti. *L. culpa*, *D. de reg. iur.* Quod sic intelligendum est, ut sit culpa, si non per omnia recte gesturus sis, & officio tuo alteri noceas: quod omni iure facere prohibemur. *L. solvendo*, 39. *D. de neg. gest.* Ac de eo, qui non recte gerat, loquimur. At non item culpa est, si quid geras utiliter, & domino prosis. Laudandum officium potius, & cum utilitate publica coniunctum, absentes defendere, eorumque res, quantum possis, tueri. *L. servum*, 33. §. *publice*, *D. de proc.* Quod si naturæ lex & ratio dictat, hominibus inter nos cognationem quandam mutuam constitutam esse, quod Florentinus scripsit *L.* 3. *D. de iust. & iur.* culpa sit potius, ubi tueri & gerere aliena negotia recte possis, hoc officium omisisse.

VIII. Interdum tamen, qui negotium alienum gerendum suscepit, dolum solum præstat, nedum ab eo exacta diligentia exigatur. Quod tum æquum esse visum est, cum quis ad res absentis accessit alioqui perituras, eo quod nemo alius his gerendis se offerret. Veluti, si quis ne absens bonorum distractionem pateretur, negotiis se eius obtulerit. *L.* 3. §. *interdum*, *D. de neg. gest.* Et certe culpa nulla est in eo, qui rei ab aliis destitutæ pro suo captu subvenire maluit, quam sinere eam amitti. Qua affectione ductum ultra teneri, quam sciat, & potuerit, valde iniquum est. Nec queri debet dominus sibi iniuriam fieri, cum alioqui & isto, qui ad gerendum accessit cessante, res peritura fuerit.

IX. Atque hæc obligatio est, & in ea obligatione hæ præstationes, quibus tenetur is, qui negotium alienum gerendum suscepit. Quarum obtinendarum caussa est actio, quæ ex re dicitur negotiorum gestorum. Actio ita voluntariæ administrationis propria, ut ex alia quavis rerum alienarum tractatione non competat. Nam si mandatum domini negotium geritur, cessat hæc actio, & est mandati. §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. L. si filius*, *C. de neg. gest.* Si qua necessitas est rei gerendæ; sive ea est necessitas muneris publici, est aut tutelæ actio adversus tutores, aut utilis actio negotiorum gestorum adversus curatores, ut postea dicetur: sive nascitur hæc necessitas ex rerum communione, est eo nomine inter heredes iudicium familiæ erciscundæ, inter socios rerum singularum actio communi dividundo. Inter confines iudicium finium regundorum. Et quidem ita, ut quibus casibus istis actionibus locus est, negetur iisdem casibus actio negotiorum gestorum competere. 7 *L. heredes*, 25. §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Scriptum tamen est in *L.* 3. §. *hac actione*, *D. de neg. gest.* hac actione teneri non solum eum, qui sponte & nulla necessitate immiscuit se negotiis alienis, & ea gessit: verum etiam eum, qui alioqui necessitate urgente, vel necessitatis suspicione gessit. Idemque scriptum est in *L. ob negotium*, *C. eod.* Sed quod dicitur de necessitatis suspicione, superioribus nihil adversatur. Nos enim veram necessitatem gerendi quærimus, quæ hanc actionem excludat. Non est autem vera 8 necessitas in eo, qui re vera gerere non

7) Cui obst. *L.* 3. *C. h. t.* Sed vid. Cuiac. 26. *Obs.* 36. Pac. 2. Q. 63. Bron. 2. *Ass.* 15. Greg. Lopez. *Animadv.* C. 30.

8) Nec recte Treutler. *P.* 1. *Disp.* 10. *Th.* 2. necessario gerentem vel necessitate urgente vel suspicione necessitatis facere, atque ita species necessitatis quasi constituit. Veram & putativam. Putativa namque non est necessitas. Quando enim duo Prædicata uni subiecto attributa sibi invicem repugnant, utrumque seorsim de subiecto prædicari nequit, ut Logici docent. At pugnat cum necessitate opinio. Necessitas quippe ex ipsa rei veritate, non opinantis persuasione, maxime erronea, æstimatur. Nec, ut Aristoteles *in Post. anal.* opinio est rei necessariæ. Sed nec Donellus quoque recte eam ad voluntariam gestionem refert. Qui enim putat se necessario teneri, utique libera voluntate, ac sponte non exsequitur, ut aperte ipse IC. *d. L.* 19. §. 2. ubi vocat quasi necessitatem. Et quasi necessarii hi gestores. Wesenb. *in Par. C. h. t. n.* 2. Oldend. *Cl.* 4. *Act.* 25. *n.* 4.

cogitur, etsi se cogi existimat: qualis est liber homo, qui bona fide serviens rem sibi a possessore mandatam exsequitur: quasi ex necessitate servili. *L. atqui*, 19. §. *si libero*, *D. de neg. gest.* ad quam necessitatem referri potest species *L. ob negotium*, *C. eod.* qualis is, qui postumo tutor datus, dum is speratur nasciturus, interim tutelam administravit, & postumus natus non fuerit. [9] *L. cum pater*, 29. *D. eod.* & generaliter quisquis tutorem se existimans pro tutore negotia gessit, cum certum esset eum tutorem esse non posse, aut non posse esse eius, cuius negotia administravit. *L. militiæ*, *C. qui dar. tut. vel cur. poss. L.* 1. §. *si quis quasi*, *D. de eo, qui pro tut.* Alioqui in re incerta est adversus eum pro tutelæ actio. *d. L.* 1. *de eo qui pro tut.* Quod autem de necessitate urgente dicitur, etiam in hac locum esse actioni negotiorum gestorum, non de ea necessitate accipiendum est, quæ fuit in persona gerentis, de qua prius locuti sumus: sed de ea, quæ fuit in re administranda, ubi scilicet res fuit eo statu, ut necesse esset eam statim geri, aut perire. Nec adversatur, quod de exsecutore scriptum est in *d. L.* 3. §. *si exsecutor*, *D. de neg. gest.* si exsecutor a prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dari mihi adversus eum [10] actionem. Nulla enim necessitate is mihi dolum facit, sed volens & sponte; ut merito talis administratio ad hanc actionem pertineat.

X. Est autem hæc actio de superioribus præstationibus directa, proposita domino negotii suscepti, adversus eum, qui gerendum suscepit. §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Et quidem omnibus datur, ad quos negotium pertinet, puta etiam pupillis & furiosis. *L. si a furioso*, 24. in fin. *D. de obl. & act.* Sed & adversus eum qui gessit: si modo is erit, qui iure possit obligari. Nam pupillus si negotium alienum gerat, non tenetur, nisi quatenus ex ea caussa locupletior [11] factus est. *L.* 3. §. 1. *D. de neg. gest.* quippe qui nec ex aliis caussis sine tutoris auctoritate longius obligatur. *Inst. de auct. tut.* Quod multo magis in furioso diceremus, si in eo esset aliquis gerendi sensus. Qui cum in eo nullus sit, stulte moneremus, si quid alieni gessisset, eum non teneri, cum non possit esse hoc animo, ut quidquam gerendum suscipiat. Multo minus teneatur servus, si quid alieni gesserit: cum servi nisi ex delictis iure civili non obligentur. *L. servi*, 14. *D. de obl. & act.* Itaque nec manumissus eum actum quem in servitute egit, cogitur reddere. *L. eum actum*, 17. *D. de neg. gest.* Quemadmodum & in cæteris caussis omnibus hoc iuris est, ne servus ex suo facto etiam post manumissionem teneatur. *C. an serv. pro suo fact. post. manumiss. ten.* De quo scripsimus supra *Lib.* 12. *Cap.* 22. Sic tamen de eo, quod in servitute servus gessit, post manumissionem non tenetur, si manumissus in ea administratione non perseveret. Quod si perseverabit, & negotium ita connexum erit, ut separari ratio eius, quod in servitute gessum est ab eo, quod in servitute gessit, non possit, veniet in iudicium vel mandati, vel negotiorum gestorum & quod in servitute gestum est. Hoc Ulpianus in *L. eum actum*, 17. *de neg. gest.* cui congruit, *L. si cognati*, in fin. *C. eod.*

CAP.

9) Quæ tamen actio non directa, sed utilis. *L. pen. de tut. & rat. distr.* Pac. 2. Q. 61. A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Princ.* 8. *Ill.* 31. Diss. idem ad *d. L.* 29. utilem in *d. L. pen* subsidiariam in factum exponens, & Iurisconsultos dissensisse scribens.

10) Recte. Nec enim alia intelligi potest, secundum titulum quo *d. L.* 3. §. 8 posita. Vital. 1. *Var. Lect.* 12. Atqui *L.* 50. *de evict.* habetur actionem de dolo dari; ergo. Unde A. Fab. *in d. L.* 3. §. 8. censet *ibidem* quoque intelligi actionem de dolo: (1) quia nequeat dari actio negotiorum gestorum. Nec enim id agit exsecutor ut gerat negocia condemnati, sed ut pareat Prætori. (2) quia in *d.* §. 8. non dicitur *hac* actio. (3) §. *interdum* 9. non accommodate sequeretur. Indicat igitur interruptum fuisse tractatum de negotiorum gestorum actione. Alias dixisset Ulpianus *In hac autem actione*, *&c.* Sensus igitur *d.* §. 8. cum §. *seq.* quam eidem coniungendam ac uno spiritu legendum vult Faber. Quemadmodum dolus in negocio meo admissus aliquando tribuit actionem de dolo, ita & aliquando in negotiorum gestorum actione solum dolum vindicari. Ita Faber, & male, dum & ex duabus §§. unam facit; serie ipsa orationis refragante & incommodam instituit comparationem. Neque enim quod in §. 9. est, infertur ea §. *praced.* aut illi ulla ratione non dicam consequens, sed confine est, verum nova species tractatur. Recte autem Pac. 2. Q. 50. cum quo in effectu convenit Vit. C. 12. dist. Si dolo isto læsus creditor, actio negotiorum gestorum *d.* §. 8. quia eius caussa & contemplatione negotia gesta; Sin debitor, non potest dici negocia illius gessisse, cum invitus exsecutionem patiatur. Ergo de dolo actio *d. L.* 50. ut ibi probant verba extrema: *domino rei*.

11) Ubi Cuiac. 13. *Obs.* 7. pro *pupillus* substituit *pupilli*. Non necessario, quia utrolibet modo legas, sententia vera, ac emendationi resistunt verba sequentia. A. Fab. *dd. d.* §. 4. Cur autem tutor contra pupillum in solidum experiatur, negotiorum gestor non item; vid. Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 13.

CAP. XVI.

De contraria actione negotiorum gestorum prodita ei, qui negotia aliena gessit, adversus dominum etiam ignorantem; Quam recte prodita: Quando, quibusve conditionibus; Quibus de rebus; Adversus quos competat.

Recte, & utilitatis caussa contraria negotiorum gestorum actio adversus dominum rei gestæ vel ignorantem comparata. I.
Sed ea tamen lege, ut negotium quis utile gesserit. II.
Et præterea non obnuntiaverit dominus. III.
Item nec alius gratis administrationi se obtulerit. IV.
Aut gerens donandi animo fecerit. V.
Animus ille declaratur aut verbis aut iudiciis. VI.
Iudicia vero ducuntur aut ex opinione gerentis aut affectu. VII.
Ex opinione qui rem alienam bona fide possidens tanquam suam meliorem reddidit: hic retentionem habet, non actionem. VIII.
Multo minus habet qui in alienam rem sciens impendit, tanquam suam possidens, secus si ut alienam & quare. IX.
Ex affectu donantis animo utile gerit, qui aut pietatis ergo, aut caritatis, vel amicitiæ caussa facit: & qui sint eiusmodi. X.
Si pater aut mater quid erogarint in liberos repetendi animo: interest an impenderint quod iure debebant, aut secus. XI.
Superioris actionis præstatio duplex. Et id quod abest, & quod absuturum est ei qui utilem rem gesserit præstatur. Quale utrumque. XII.
Cui & adversus quos prodita actio negotiorum gestorum. XIII.

I. Etiam ex negotio gesto sua obligatio est eius, cuius negotium gestum est, qua tenetur ei qui gessit. Unde & huic negotiorum gestorum actio contraria, sed suis conditionibus. De quibus mox, si prius dixerimus, quam recte sit hæc actio adversus dominum negotii constituta. Nam illa quidem directa, quæ datur in eum, qui gessit, non sine certa ratione constituta est. Cum enim ad negotium alienum gerendum accesserit, & accesserit volens; utrumque hoc æquum est, & volentem teneri, & eius facto non lædi alterum. At dominum rei gestæ ignorantem teneri, durum & iniquum videri potest. Non enim convenit quemquam non consentientem alieno facto onerari. *L. de pupillo*, 5. §. *si plurium*, *D. de op. nov. nunt. L. in caussæ*, 27. in pr. *D. de proc.* certe non convenit obligari. *L. qui in aliena*, 6. in pr. *D. de acq. her.* Et ad hoc diluendum referri oportet rationem huius iuris, quæ apud Iustinianum est in §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Utilitatis caussa, inquit, id receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, [1] desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis intendisset, nullam habiturus esset. Significat hac ratione, non esse iniquum in hac specie adversus ignorantem actionem dari, si hoc fieri non modo ei nihil nocet, sed etiam dari utile est cum ipsi, in quem datur, tum publice cæteris omnibus in eadem caussa. Et recte: nam isto modo non oneratur absens, sed sublevatur. Obligatur absens, sed non est obligatio, quæ maiore lucro pensatur. Ex quo reliqua collectio recte conficitur. Nam absentium, & eorum qui suis rebus superesse non possunt, negotia ab aliis non deseri, sed defendi, cum his privatim, tum omnibus publi-

1) Vid. *L.* 5. vers. *ideo autem.* ubi luculenta ratio a Iurisconsulto redditur de *O. et A.* Hinc vero infert Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 10. absentiam esse caussam huius edicti. Nec adversus eum, qui præsentis negocia gessit, hanc actionem dari sed actionem mandati, quia eo ipso quod geri patitur, mandasse videatur *L.* 6. §. 2. *Mand.* Licet vero detur adversus pupillum furiosumque, illos tamen esse loco absentium. Sed Bocer. ad *L.* 23. *de R. I. C.* 4. n. 12. competere hanc actionem etsi præsentis negocia gesta sine mandatu; ut adolescentis vel furiosi a curatore *L.* 3. §. 5. *in fin. L.* 6. *L.* 17. *C. h.* vid. tamen *infra C.* 22. N. 1. Vel pro tutore se gerentis *L.* 4. *C. Qui dare tut.* item in speciebus *L.* 11. *L.* 15. *C. d. t.* Caussa igitur impulsiva absentia, ut Accurs. *in d. L. h. t.* Putarem tuttes negotiorum gestorum actionem dari, si dominus negocii scivit nec prohibuit, quoties mandatum eiusdem intelligi nequit, ut in speciebus *dd. LL.* confer *supra Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1.

publice utile est. *L. servum*, 33. §. *publice*, *D. de proc.* idque cum propter alias multas caussas: tum precipue propter eas, quae referuntur in *L. 1. D. de neg. gest.* ne scilicet indefensi rerum possessionem aut venditionem, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem patiantur, aut iniuria rem suam amittant. Si hoc utile, consequens est & hoc utile esse, sine quo prior utilitas obtineri non potuit: consequens denique, eum qui posterius voluit, velle etiam id, quod necessario antecedit. Hoc autem præcedens illud est, ut ei qui negotium utiliter gesserit detur actio de eo quod impendit, sine quo ad absentis negotium nemo accederet. *L. illud*, 77. *D. de acq. her.* Quare & hanc actionem dari & privatim & publice utile est: perinde & eam introduci.

II. Sed ut hæc obligatio & actio iniuria careat, prima hæc in ea constituenda conditio est, si is, qui negotium gessit, utiliter gesserit. Qui inutiliter gessit, is domino negotii actione tenetur, adversus eum actionem non habet. *L. 2. L. sed an ultro*, 10. *D. de neg. gest. L. si servum. C. eod.* Itaque si quis negotia aliena gerens, plus quam oportet, impenderit, placet eum recuperare posse id, quod præstari debuerit: sed nihil amplius, quasi impensum inutiliter. *L. si quis*, 25. *D. eod.* Utiliter gestum sic accipiemus, si vel initio cœptum sit utiliter; ut si ita cœptum sit, quanvis res casu effectum non habuerit, nihilominus eadem sit obligatio & actio: veluti si quis insulam alienam fulserit, aut animal ægrum curaverit, deinde casu postea exusta sit insula, aut animal perierit. *L. sed an ultro*, 10. *de neg. gest.* Quod tamen adversus cæteros negotii dominos valet; adversus pupillum furiosumve ita demum, si hi tempore litis contestatæ locupletiores facti reperiantur. *D. litis*, 37. *de neg. gest.* de quo amplius paulo post in ea parte, cum quæretur, adversus quos detur hæc actio.

III. Interdum tamen nec si quis negotium utiliter gesserit, obligatur is, cuius negotium gestum est. Tria sunt, quæ hanc actionem excludunt; Obnuntiatio domini; Oblata alterius gratuita administratio; & Gerentis voluntas. Obnuntiante & nominatim notante domino, si quis negotiis cuius se immiscet, ut maxime utiliter gerat, nulla tamen gerenti adversus invitum eo nomine actio est, ac ne utilis quidem negotiorum gestorum. *L. si pro te*, 40. *D. mand.* Quam sententiam, quod de ea re dissensio esset inter veteres, Iustinianus edita nominatim de ea constitutione confirmavit. *L. ult. C. de neg. gest.* Erit igitur hæc actio adversus ignorantem, etsi hunc invitum sæpe dici legimus. *L. filiusfamilias*, 8. §. *invitus*, *D. de proc. L. invitum*, 5. *D. de servit. urban. prædior.* Adversus eum, quo nominatim prohibente constet negotium gestum esse, non erit. Scilicet pro utilitate absentium hæc interpretatio voluntatis eorum accepta est, ut existimentur non moleste laturi esse, sed comprobaturi potius, & ultro gratias acturi, si quis negotia eorum utiliter gesserit: ut non in [2] invitos, sed volentes videatur ab initio actio constitui. At ubi aperte constat rebus integris nolle dominum negotia sua sub aliquo geri; aperte iniquum est repugnantem alteri obligari, quodcumque beneficium in illum collatum proponas. Quid enim? coges me beneficium a te accipere? Quid, si nolo mihi tecum quidquam negotii esse? Coges me, ut sit? Quid, si rem meam potius perire volui, aut pecuniam alibi collocare? an per te non licebit id facere? Iniquissimum, cum nulli præscribi debeat in re sua, quid metuat, aut quomodo iure suo utatur. *L. 4.* illic, *nec immerito*, *D. ad Treb.* Quod cum ita sit, bene hic ignorans dominus a nominatim repugnante distinguitur, etsi aliis in caussis etiam ignorans & aperte non consentiens pro invito habetur.

IV. Oblata alterius gratuita administratio eamdem hanc actionem removet. Quo intelligi volumus, quanvis rem utiliter quis gesserit: tamen dominum ei non obligari, si alius eos sumptus gratis facere paratum se ostenderit. *L. 2.* in fin. *C. de neg. gest.* Merito; prope est enim ut videatur inutiliter gestum, quod ita gestum fuerit:

2) Bart. & Castr. *ad L.* 39. *h. t.* Hotom. *ad L. 2. C. de his qui in prior. cred. locum*. Accedit quod non obstante denunciatione negocium gerens, ex. gr. debitum alicuius solvens, donandi ac perdendi nummos solutos vel impensas in negocio factas animum habuisse censetur, arg. *L. 7. §. 12. de acq. do.* §. 30. *I. de R. D.* Ideo nec hæc actio, nec etiam alia ex æquitate, quia ob prohibitionem deficit æquitas, ut contra quosdam Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 11. Nec hic distinguit, an gestio post prohibitionem in delicti speciem cadat, ut quidam ref. Bart. & Castr. Nec ut Bald *in d. L.* 39. *n.* 2. an pro invito gestum sit in eo genere negociorum, quod ipso gestu, id est statim ab initio, nostrum ut uni detur actio, secus in aliis. Nec ut *ibid. n.* 3. an denuncians caussam habuerit prohibendi, ut quia gerere volens homo sit rixosus, cum quo nolit sibi negocium fieri. Sicuti accipit verba ultima *L.* 43. *h. t.* Nam ea *L.* 43. de ignorante domino, non prohibente. Et ea verba sic exponit rectius Ant Fab. *ibid.* Si quod forte vicissim debitori naturaliter debebatur, quod compensare potuisset, vel si ob expensas habuisset retentionem, non vero actionem debito soluto. Excipiunt tamen quidam nisi pro medicina ægroti inviti expensum sit. Thomas Actius *de Privileg. infirmit. P. 2. lit. S. v. Solvens*. Quo facit arg. *L. 6. de appell.*

fuerit: non quod per se gestum non sit utile, sed quod non utile geri ab isto, qui repetiturus sit, quod impendit; cum alius idem facturus fuerit sine domini dispendio.

V. Voluntas gerentis idem efficit, si is non hoc animo est, ut quod impendit, repetat. Quod fit, cum donandi animo alterius nomine quid impendit, aut donandi animo pro eo fideiubet. *L. si filius*, *C. de neg. gest.* *L.* 4. *C. eod.* Ut enim numeratio pecuniæ obligare solet accipientem; illic tamen non obligat, cum non id agitur, ut qui accipit, obligetur; *L. non omnis*, 19. *D. si cert. pet.* Sic multo minus erogatio quælibet obligabit absentem, cum quo nihil geritur, si qui erogat, non est hoc animo, ut absens obligetur.

VI. Et quoniam hunc animum hic admittimus, nempe huc res redit, ut quocunque modo declaretur hic animus gerentis, cesset adversus dominum negotiorum gestorum actio. Declaratur hic animus ut aliis in caussis, non tantum verbis, sed etiam re aliqua & quovis indicio voluntatis. Sic enim de eo, qui animo recusat hereditatem, traditur in *L. recusari*, 95. *D. de acq. her.* Verbis, cum quis aperte testatur, se quod in rem alienam impendit, non impendere animo repetendi, quod dubitationem non habet. Indicia huius animi iure recepta in hac re genere duo sunt.

VII. Ducuntur enim aut ex opinione gerentis, aut ex affectu, quem gerit erga eum, in cuius rem impendit.

VIII. Ex opinione gerentis, si quis rem alienam bona fide possidens, in ea ædificaverit quid, plantarit, severit. Aperte his rebus fit melior conditio domini rei, omninoque negotium hoc totum utiliter ei geritur; qua quidquid inædificatur, plantatur, seritur, solo cedit, ac per solum domino soli, *§. ex diverso*, & *§. si Titius*, *Inst. de rer. divis.* *L. si quis sciens*, *C. de rei vind.* Placet tamen eum, qui hæc fecit, de sumptibus a se factis retentionem rei habere: re autem sumptibus non deductis restituta, actionem non habere: servare, inquam, eos sumptus posse per retentionem rei possessæ opposita doli mali exceptione ei, qui rem sibi restitui postulet non solutis sumptibus. Quod si ultro rem restituerit sumptibus non deductis, de his postea agere non posse. Sententia est constanter tradita his locis, *L. Paulus*, 14. *D. de dol. mal. exc.* *L. sumptus*, 48. *D. de rei vind.* *L. si in area*, 33. *D. de cond. ind.* De quo plura dicemus inter actiones in rei vindicatione. Cur ergo in hac specie re, ut apparet, utiliter domino gesta, non etiam ei, qui sumptum fecit, eadem actio est, quæ cæteris? Rationem reddit Paulus in *L. in hoc iudicium*, 14. *§. quæ cum ita sint*, *D. com. divid.* Quia in hoc errore qui in rem tanquam suam impendit, neminem sibi obligare voluit. Quo in loco ut intelligatur Paulum non relinquere possessori ad sumptus superiores recuperandos ne utilem quidem actionem, observemus eum de utili iudicio ibi disputare. Sed satis omnem hanc actionem removet tam utilem, quam directam, qui hos sumptus dicit servari non posse nisi per exceptionem. Quod expressum est in *d. L. si in area*, 33. *de cond. ind.* & *d. L. Paulus*, 14. *de dol. exc.*

IX. Si repetendi animus non est in eo, qui rem alienam suam putans in eam superiores sumptus fecit, quam ob caussam & denegatur ei actio negotiorum gestorum; ne in eo quidem inesse putandus est, qui sciens rem alienam esse, tamen in eam non tanquam alienam, sed tanquam suam eosdem sumptus fecit. Ista enim opinione nec alium quemquam sibi obligare volult. Ideo & huic quoque denegatur horum sumptuum nomine actio. Quidni, cum denegetur ei ad eos retinendos etiam exceptio? Et merito utrumque, cum ignorantem possessorem bona fides tueatur: scienti autem solum alienum esse, possit obiici culpa, quod temere ædificaverit, aut simile quid fecerit in eo solo, quod intelligebat alienum esse. Hoc in *d. §. ex diverso*, in fin. *Inst. de rer. divis.* Sed meminerimus hoc dici a nobis de eo, quem constet rem alienam tanquam suam possidere. Non est in eadem caussa, qui ad rem alienam tractandam tanquam alienam accedit, etsi id faciat lucri sui, & deprædandi caussa, puta ut fructus ad se transferat. Cum constet hunc etiam opinione & voluntate sua ad negotium tanquam alienum accessisse, merito placet, etiam ei negotiorum gestorum actionem dari etiam de eo, quod in id negotium impendit. *L. si pupilli*, 6. *§. sed etsi quis*, *D. de neg. gest.*

X. Ex affectu gerentis animus non repetendi conicitur, cum quis pietatis, caritatis, aut amicitiæ officio fungens aliquid in aliquem impendit. Qui affectus, pro qualitate personarum æstimatur. Admissa est hæc coniectura voluntatis in his personis: in 3 patre, & matre, cæterisque

3) Vid. Menoch. 2. *Arb. iud. QQ. Cas.* 88. & 3. *Praesumpt.* 30.

que parentibus, qui in liberos quid impenderunt, dum aut eos alunt, aut bonis artibus instruendos curantes ad studia sumptus suppeditant. *L.* 1. *L. alimenta, C. de neg. gest. L. quæ pater*, 50. *D. fam. erc.* In vitrico, qui quid impendit in privignos privignasve. *L. si paterno, C. de neg. gest.* Nam & vitricus patris loco est, *§. affinitatis, Inst. de nupt.* In marito, qui impendit in uxorem. *L. quod in uxorem, C. eod.* In paternum amicum, qui amicitia paterna ductus pupillis tutores petiit, vel suspectos postulavit. *L. is qui*, 44. *D. eod.* Geruntur, ut dixi, hæc omnia ab iis, qui officio coniunctionis fungentes non alio animo esse videri possunt, quam ut huic officio satisfaciant, cui contrarius est animus repetendi. Nam repetendi spe proposita, etiam extranei idem facerent.

XI. Sed hæc coniectura est, inquam, cui solum locus est in re dubia. Quod si constabit patrem aut matrem hoc animo quid in liberos erogasse, ut repeterent, nisi quid iure facere cogebantur, sine dubio repetent. Puta, si testati sint se animo repetendi impendere, aut si in rationes expensi retulerint, *L. Nesennius*, 34. *D. de neg. gest. L. quæ pater*, 50. *D. fam. erc.* Sed & caussa atque occasio erogandi propositum erogantis distinguunt. Nam quæ filium necessitate aliqua rei suæ vel temporis aluit mater, non est, ut videatur materna pietate aluisse. Finge matrem, dum a marito peregre mortuo revertitur, liberos quos secum ducebat aluisse temporis caussa, quia illis viaticum deesset. Finge matrem in alimenta filii impendisse, cum prius filii negotia gerenda suscepisset. Habebit repetitionem, ut in has caussas differit Paulus in *d. L. Nesennius*, 34. *de neg. gest.* Nam quod ad postremam ex superioribus caussam attinet, administratio negotiorum filii suscepta cogebat matrem omnia facere quæ ad tuendum filium, & res eius pertinebant. Hæc necessitas animo donandi contraria est. Bene enim Modestinus, neminem in necessitatibus liberalem existere. *L. rem legatam*, 18. *D. de adim. leg.* Adiici sic parentes qui filii caussa impendissent, quod quidem repeti vellent, ita repetituros, nisi hoc facere iure publico cogerentur. Nam quod quis facere cogitur legibus; si id faciat, solvit, quod debuit. Debiti autem soluti nulla repetitio est. *L. si non sortem*, 26. *§. pen. D. de cond. ind.* Merito: nam quod quis si sibi denegaretur, ultro petere potuit; multo magis si solutum ei erit, adversus repetentem habebit exceptionem ex regula iuris *L. invitus*, *§.* 1. *D. de reg. iur.* Et ideo si filium in bonis nihil habentem mihi proponas, quem pater aluerit, eduxerit, bonis artibus instituendum curaverit; quantumvis testatus sit pater se ea quæ impendit ita erogare, ut aliquando repetat, non ea magis repetet; quia ista facere cogebatur. *L. si quis a liberis, §.* 1. *§.* 2. *§. si mater, D. de agn. lib. L. ult. §. ipsum autem*, & *§. filiis, C. de bon. quæ lib.* Idem de liberto dixeris, qui tutores filiis patroni petiit. Hoc enim facere libertus cogitur. *L.* 2. *D. qui pet. tut.* Quapropter si fecit, officio & obsequio liberti functus negotiorum gestorum actionem non habet, ut scriptum est in *L. officio, C. de neg. gest.*

XII. Atque hæc hactenus nos docent de obligatione & actione negotiorum gestorum contraria, quam recte constituta sit etiam adversus ignorantem: tum quando quibusve conditionibus sit constituta. Quod reliquum est, Quas præstationes habeat hæc actio, cui detur, & Adversus quos, videndum. Et præstationes hæ sunt duæ, ut qui utiliter gessit, præstetur ei, quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est, sic verba sunt *L.* 2. in fin. *D. de neg. gest.* Abesse gerenti intelligitur, quod per caussam negotii utiliter gesti amisit: Amisisse autem eum definimus, non solum qui erogavit de suo, sed etiam qui consecutus non est, cum consequi potuisset, *L. si servum*, 33. *D. ad leg. Aquil.* Proinde sumptus quidem a se factos nulla dubitatio est, quin repetat is, qui utiliter impendit. *d. L.* 2. *D. de neg. gest. L. si servum, C. eod.* Sed repetet etiam pecuniæ a se impensæ usuras, non ex mora, sed statim, si vel eas præstitit, vel eum consequi posset, non est consecutus. Quas præstitit; veluti si in rem alienam cum pecuniam non haberet, aliunde mutuo [4] sumpsit sub usuris, quas & præstitit. Quas consecutus non est, veluti si exegit pecuniam a debitoribus suis, a quibus usuras accipiebat; aut ipse pecuniam suam insumpsit, quam aliis usuras offerentibus mutuo dare poterat. De usuris præstandis traditur in *L. ob negotium, C. de neg. gest.* Eas autem usuras hic accipere nos debere, quas dixi, declaratur exemplo actionis mandati contrariæ huic negotiorum gestorum per omnia simili in *L. si vero*, 12. *D. mand.* Quod gerenti abfuturum est,

4) *Text. L.* 37. *de Usur.* & generatim quas percipere potuit *L.* 19. *§. pen. hoc tit.* Nec enim credendum quod diutius otiosam habiturus fuerit pecuniam.

est, est id, in quod se propter negotium [5] obligavit, *d. L.* 2. in pr. *D. de neg. gest.* ut si res ad alendam familiam, pecora pascenda, ad insulam reficiendam necessarias emerit: si ut creditoribus absentis satisfaceret, obligationem in se per novationem susceperit. Ex quibus caussis cum eum agere posse dicimus, etiam eum ex his caussis agere posse, prius quam solverit. Quod & verum est: quasi id ei abesse videatur, in quo obligatus est, *L. si quis mandatu*, 28. *D. eod.*

XIII. Datur hæc actio omnibus, qui negotium alienum utiliter gesserunt, dum ne sint ex numero eorum, quos prius excepimus. *d. L.* 2. *de neg. gest.* §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Et datur adversus omnes quorum negotium ita gestum est. Itaque cum ex cæteris caussis non obligetur furiosus, non pupillus sine tutoris auctoritate; ex negotio gesto obligantur pariter ambo omnibus, qui in eos utiliter impenderunt. *L. furiosus, D. de obl. & act. L.* 3. §. 1. *D. de neg. gest.* Quia scilicet non nascitur hic obligatio ex consensu, ut quis dicat istos, qui consensus desit, obligari non posse; sed [6] ex re, ut est in *d. L. furiosus, de obl. & act.* id est ex utilitate quæ ad eos pervenit ex negotio gesto. Pervenit autem sine consensu; nec ad alios quoslibet, qui eo nomine tenerentur, aliter perveniret. Quare in eadem caussa obligationis eamdem adversus hos obligationem esse oportet. Sed in furioso & pupillo in hac re hoc dissimile est a cæteris, quorum negotium voluntaria administratione gestum est, quod cæteri domini omnes tenentur hoc ipso, quod res eorum utiliter gesta est, etiam si nunc locupletiores non sint; puta, si quod utiliter institutum erat, postea casu perierit. *L. sed an ultro*, 10. *D. de neg. gest.* pupillus autem, multoque magis furiosus hac conditione, si quo tempore cum his judicio agitur, seu tempore litis contestatæ sint locupletiores. *L. litis*, 37. in pr. *D. de neg. gest.* Sed eodem loco intelligi oportet, ut postquam res eorum utiliter gesta est, desinant postea esse locupletiores ante litem contestatam, solum in rebus utilibus contingere posse: ad impensas autem necessarias, quæ in rem pupilli aut furiosi factæ sint, non pertinere. Si quis rem istis necessariam emerit, si familiam his necessariam aluerit, aut curaverit ægrotam, quod & illi necessario de suo facturi essent, quanvis perierint postea & res, & familia ante litem contestatam, tamen perpetuo locupletiores facti intelliguntur: hoc ipso videlicet locupletiores, quod pauperiores facti non sunt. Definitio est Scævolæ, quæ refertur in *L. in pupillo*, 47. *D. de sol.* Quæ & verissima est. Quam enim pecuniam quis de suo impendere cogebatur, si beneficio alieno non impendit, hanc eum adhuc habere perspicuum est: proinde & hactenus locupletiorem esse qui alioqui eam pecuniam non esset habiturus.

5) Nam uti locupletior qui liberatur *L.* 66. *in fin. de solut.* ita pauperior qui obligatur, licet nedum quidquam præstiterit.

6) Ex re actio, quia non ex persona vel facto obligati; nec ex consensu nec quasi consensu, sed ex ipsa gestione & rei natura & ex æquitate, ne locupletior quis cum alterius damno fiat, vid. Ant. Fab. ad *L.* 3. §. 5. *h. t.* Setser. *Lib.* 1. *de iuram. Cap.* 4. *n.* 9. *&* 10.

CAP. XVII.

Cuius sit negotium id, quo nomine agitur, ut vel ei directam negotiorum gestorum actionem demus, vel adversus hunc contrariam quod utraque communiter postulat.

Diligens habenda illius investigatio, ad quem negotium pertinet. I.
Negotium fuit alicuius aut re ipsa, aut gerentis voluntate. II.
Re ipsa fit aut gestu ipso, aut eventu. III.
Quomodo gestu. IV.
Item quomodo eventu. V.
In negotio peculiari, pupillari, aut dominico, ubi duorum utilis res geritur, ad obligationem interest an utrinsque, vel alterutrius dumtaxat contemplatione res gesta. VI.
Et cum alterutrius; an negotium spectet principaliter ad utrumque; an ad unum principaliter; ad alterum vero per consequentiam. VII.
Negotium gestum nomine eius, cuius est principaliter sive solius, sive cum altero obligat ipsum dumtaxat, cuius nomine gestum. VIII.
Secus si illius nomine utilis res gesta, ad quem pertinet per consequentiam. IX.
Voluntate gerentis fit negotium alterius, si hic alter aut mandaverit aut ratum habeat. Quale utrumque. X.
Negotium gestum ita fit eius, qui ratum habet, si non ad alium pertineat; & quare. XI.

I. Obligationibus & actionibus mutuis superioribus cognitis, unum superest, de quo in commune cognosci oporteat: sine quo manca sit & inutilis superior omnis cognitio. Diximus eum, qui negotium alienum gerendum suscepit, obligari ei cuius negotium est, & huic eo nomine directam actionem dari adversus eum, qui gerendum suscepit. Et rursum eum, cuius negotium gestum est, teneri ei qui gessit contraria negotiorum gestorum actione. Itaque in utraque actione nihil agitur, nisi noverimus, quis sit is, ad quem negotium pertinet, ut ei actionem negotiorum gestorum directam demus, & adversus eum contrariam. De quo quia plusculum difficultatis habet, eo diligentius nobis separatim cognoscendum est. De eo sic habendum puto.

II. Negotium cuiusque [1] fit aut re ipsa, aut gerentis contemplatione cum voluntate eius cuius nomine agitur, coniuncta.

III. Re ipsa negotium nostrum esse recte dixeris, cuius gesti commodum aut incommodum vere & re ipsa ad nos pertinet, ut definitur res propria in *L.* 1. *§. in propria*, *D. quand. appelland. sit.* Quod negotium ita re ipsa nostrum est, id aut nostrum est ipso gestu, id est iam ab initio cum geritur, (sic enim veteres loquuntur. *L. si pupilli*, *§. pen.* in fin. *D. de neg. gest.*) aut nostrum fit postea eventu.

IV. Ipso gestu, & iam ab initio nostrum est, cuius gesti commodum aut incommodum statim ad nos pertinet. Veluti, si quis solverit creditori meo, si familiam meam aluerit, insulam fulserit, agros coluerit fructusque perceperit. In quibus & statim gerenti adversus me actio est eo nomine, & adversus eum actionem habeo. Exempla passim obvia, ut *L.* 3. *L. si filius*, *L. si servum*, *C. de neg. gest. L. si pupilli*, *§. pen. D. eod.* Idque ita est, quamvis qui gessit, putaverit alterius rem esse quam meam, cui consultum voluerit. *d. L. si pupilli*, in pr. & *§. pen.* in fin. *de neg. gest.* Quippe non ex consensu aut animo gerentis hic actio nascitur, sed [2] ex negotio gesto.

V. Eventu nostrum fit negotium, cum cuius gesti commodum aut incommodum ab initio ad nos omnino non pertinet, eius incommodum eventu incipit pertinere, Quo casu etiam exinde actio negotiorum gestorum nobis nascitur adversus eum qui gessit, & ei contra adversus nos. Accidit hoc, cum quis rem meam, quam

[1] Duar *h. t. C.* 3. Negocium nostrum esse vel propter dominium *L.* 5. *h. t.* vel propter curam & munus, ut si quis negocia pupilli suscepit ut tutori gratificaretur, vel ob ratihabitionem. *DD.* vulgo post Accursium *ref.* nec probante Cuiac. 8. *ad Afric. in L. ult. h. tit.* Negocium nostrum quatuor modis dici: Cura, re ipsa, ratihabitione & ipso gestu

[2] Res ipsa hic spectatur, non existimatio gestoris, vid. Cuiac. *d. l.*

quam bona fide possidebat, tanquam suam alii vendidit. Hic emptio ab initio neque mihi nocet, neque prodest. Non nocere certum est. Nemo enim facto ullo suo ius meum mihi adimere potuit. *L. debitorem, C. de pignor. L. solvendo, D. de neg. gest.* Sed nec prodest; cum hinc nobis nulla quaesita sit actio, ac nec quaeri potuerit, ubi scilicet nec meo nomine res gesta est, nec si gesta esset, ulla actio acquiri mihi possit per liberam personam, quae iuri meo non est subiecta. *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* At eventu potest incommodum rei venditae ad me pervenire; quod fit, si per eam venditionem res vendita mihi pereat, dum eius vindicandae facultatem per eam occasionem amitto. Potestque id accidere tribus modis. Uno, si eam venditionem ratam habeam. Sic enim fit, ne possim rem ab emptore repetere contra quam semel probavi. Altero, si res in rerum natura esse desierit, quae si apud me mansisset, potui eam vendere, & pretium salvum habere. Nunc ideo amitto, quia neminem habeo, a quo rem vindicem; non emptorem, qui amplius non habet, quod esse desiit; non venditorem, qui nec possidet, nec dolo desiit possidere, cum bonae fide possideret. Tertio modo, si res a bonae fidei emptore usucapta sit. Sic enim ille dominus efficitur, ego esse desino, quo facto & mihi vindicatio amittitur. Quidquid ergo istorum eveniet, ut incommodum eius venditionis meum sit, ita exinde negotium meum fieri incipiet ex superiore definitione. Quod & admissum est. Unde totidem casibus placuit in ea specie habere me actionem adversus venditorem 3 de pretio, ut id mihi restituat. Et dum ita agam, esse illi vicissim si quid eo nomine ei abest adversus me contrariam actionem. *L. 3. C. de rei vind. L. ab uno, C. de neg. gest. L. ult. D. eod.* Idem accidit in hac specie, si quis pecuniam a creditore meo exigat. Nam & is ab initio neque mihi nocet, cum debitorem nemo liberet nisi creditor, aut cui voluit creditor solvi. *L. vero, D. de sol.* neque prodest, cum accipere non possim solutionis caussa ab eo, quem non liberavi. At si ratam habeam solutionem, evenit, ut periculum exactionis meum esse incipiat, quia eo facto debitor retro liberetur, *d. L. vero*, in fin. *de sol.* Atque hinc etiam placet ex illo habere me adversus eum qui exigit negotiorum gestorum actionem. *L. si pecuniam, C. de neg. gest.*

VI. Haec usque adhuc expedita, cum unus est tantum, ad quem negotii gesti commodum aut incommodum pertinet. Cum autem duo sunt, ad quos pertinet, incidit res ex numero in difficultatem. Finge negotium geri Peculiare, quod ad patrem pertinet, & filium, ad dominum & servum; Pupillare, cuius recte gesti utilitas ad pupillum principaliter pertinet, ad tutorem per consequentiam propter periculum administrationis; Dominicum, quod commissum sit procuratori: in quo similiter utilitas domini versatur principaliter, procuratoris per consequentiam. In his, inquam, habet res difficultatem, ut sunt de hac re scripta veterum. Legimus enim interdum illorum duorum utrumque ob negotium gestum teneri, interdum alterum dumtaxat. *L. si pupilli*, in pr. §. 1. §. *sed si ego, D. de neg. gest.* Utrum ergo horum in universum sequemur? Et refert, utrum qui rem in solidum ad duorum illorum utilitatem pertinente gerit, utrinsque gratia nominatim gerat, vel gerat simpliciter, an vero gerat unius tantum contemplatione. Si utriusque gratia, quod & tunc facit, cum non aperte alterius tantum gratia gerit: uti amborum negotium est, sic ambos teneri convenit. Nunquam enim actio ad unum tantum revocatur, nisi cum eius tantum contemplatione gestum est, *d. L. si pupilli*, in pr. §. 1. §. *sed si ego.*

VII. Quod si unius horum contemplatione negotium gestum sit, interesse dicemus utrum ad duos istos negotium principaliter pertineat: an vero ad unum principaliter, ad alterum per consequentiam. Ad duos principaliter pertinet negotium peculiare, ad patrem & dominum iure civili; ut quibus hoc iure peculium acquiritur. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq. L. quod servus, D. de acq. poss.* ad filium & servum natura, ut quorum peculium natura sit eorum quasi patrimonium. §. *actiones autem, Inst. de act.* Ad unum principaliter, & ad alterum per consequentiam, cum ut dixi, geritur res pupilli tutorem habentis; domini rem per procuratorem exercentis. Ubi quidquid hic geritur, omne emolumentum ad pupillum & dominum redit, quorum etiam nomine res geritur. Ad tutorem autem & pro-

3) Nec tantum si pretium venditor habeat ex caussa lucrativa, ut quia pro re possessa & vendita ipsi nihil aberat; sed etsi caussa onerosa, ut si eam rem prius ipse a non domino, bona fide emit, arg. *L. 17. pr. de R. V.* vid. Cuiac. *ad d. L. ult. 8. ad Afric.* ubi tractat quid iuris, si ratam non habeam, & quid si mala fide res vendita perierit, &c.

& procuratorem ideo per consequentiam, quia re male gesta, periculum ad eos pertinet propter officium administrationis. Bene autem gesta consequantur, ne teneantur, ille tutelæ, hic mandati.

VIII. Ergo ubi negotium pertinet ad duos principaliter: placet eum, cuius contemplatione negotium gestum erit, teneri solum, alterum non teneri. Ut si quis negotia peculiaria gesserit, filii mei vel servi, si quidem contemplatione mei, is mihi tenetur qui gessit, & ego illi. Quod si amicitia filii mei vel servi, vel eorum contemplatione; ego non tenear ex persona mea quasi negotio meo gesto, sed solum ex persona filii vel servi, idque ut in cæteris caussis de peculio duntaxat. Hoc in *d. L. si pupilli*, *§. sed si ego*, *de neg. gest.* An quod negotio contemplatione mei gesto negotium filii non est: contemplatione autem filii gesto, non est meum? Immo cuiuscumque contemplatione gestum sit, necesse est utriusque negotium videri, cuius commodum aut incommodum ad utrumque pertinet. Nec cuiusquam contemplatio contraria veritatem naturæ potest mutare; atque adeo ne illud quidem efficere, quominus negotiorum actio sit ei & adversus eum cuius negotium vere gestum est, quantunvis alia opinione atque alio animo gesserit, si modo nihil aliud gerenti obstet, quam falsa opinio. *d. L. si pupilli*, *§. si quis ita*, *§. pen. L. ult. D. de neg. gest.* Quid ergo est, cur hic non sit actio ei & adversus eum, cuius negotium esse fatemur? In caussa est non negotium, quod est utriusque etiam post contemplationem gerentis: sed gerentis animus declarantis, dum unius solius contemplatione gerit, hunc se solum sibi obligatum velle, alterum 4 nolle. Iam autem supra diximus, quantunvis quis negotia alterius utiliter gesserit, non habere tamen eum actionem, si fuit hoc animo ne cum cuius negotium gerit, sibi obligaret. Idem ergo eadem ista ratione recte probatum est in eo negotio quod ad pupillum & dominum principaliter, ad tutorem & procuratorem per consequentiam pertinet, si quis pupilli aut domini negotium gesserit horum ipsorum contemplatione; ut quod ita gestum est, in eo solus pupillus & dominus teneantur: nequaquam tutor aut procurator; quantunvis res gesta sit cum tutore aut procuratore. *Si procuratori tuo*, ait Iulianus, *mutuam pecuniam dedero tui contemplatione*, *ut creditorem tuum vel pignus liberet*; *adversus te negotiorum gestorum habebo actionem*; *adversus eum*, *cum quo contraxi*, *nullam*. Hoc in *d. D. si pupilli*, 5 *§. 1.*

IX. Sed ex hac re & ratione superiore maior dubitatio oritur in specie quæ sequitur. Nam si quis e converso negotium pupilli vel domini gesserit contemplatione tutoris aut procuratoris, par esse videbatur atque adeo consequens superioribus, ut diceremus adversus hunc negotiorum gestorum actionem esse, adversus pupillum aut dominum nullam. Quippe omnia hic similia, quæ in specie superiore. Illic negotium domini gestum est, & hic negotium domini. Illic negotium gestum est contemplatione unius ex iis ad quos negotium id pertinebat. Et hic similiter unius ex his contemplatione. Placet tamen in hac specie posteriore, quod contemplatione tutoris gestum sit, in eo non tutorem solum teneri negotiorum gestorum, sed & pupillum. Idque ita diserte ex eodem Iuliano scriptum est in *d. L. si pupilli*, in pr. Cur hæc tam varie? atque adeo cur in eodem negotio pupillari, unius tantum contemplatione interveniente non utrobique alterum tantum teneri dicimus, aut utrobique teneri utrumque? Quia observandum est alium animum esse eius, qui negotium gerit contemplatione domini, ad quem res principaliter pertinet: alium eius, qui gerit contemplatione tutoris aut procuratoris, ad quos non pertinet nisi per consequentiam. Dominum aliquem principalem qui spectat, non gerit alterius gratia; certe gratia tutoris aut procuratoris, gerere quod ad pupillum & dominum principaliter pertinet, non potest, quin hoc ipso ita affectus sit, ut prius gerat negotium pupilli aut domini, idest utrique consulat; quia non potest utilitas huius negotii ad tutorem & procuratorem pertinere, nisi prius in persona domini constiterit, unde postea ad tutorem & procuratorem perveniat per consequentiam. Ita cum qui consequentis curam gerit, vi ipsa etiam principalis rem gerere etiam ab animo suo habeat:

4) Unde & ratihabitio patris nihil agit *d. L. 6. §. 6.* Quanquam Cuiac. 2. *ad Afric. in explic. L. 23. de reb. cred.* nihil agi, non omnino, sed quod pater non obligetur in solidum, sicuti si ratum habuerit a filio gestum *L. 1. quod iussu.* Confirmari vero ea ratihabitione obligationem de peculio; Ac, si nihil in peculio: obligari patrem quatenus ex gesto locupletior factus.

5) In *d. §. 1.* non egit gerens ut Procuratorem sibi obligaret, sed ut negocia domini gereret, ex g. pignus liberaret per interpositam Procuratoris personam, ut in *L. 15. cons. pec.* Nam in numerationibus non tam cuius vel cui & a quo, quam qua mente perspici oportet *L. 2. §. pen. L. 19. de reb. cred.* Ant. Fab. *ad d. L. 6. §. 1.*

habeat: apparet eum qui id faciat quasi in re utriusque gratia & contemplatione gesta, iure etiam adversus utrumque actionem habere: quamvis si licuisset, maluisset soli tutori & procuratori negotium gerere.

X. Voluntas gerentis cum voluntate nostra coniuncta, non res ipsa negotium nostrum facit, cum quis aliquid gerit nostro nomine, cuius commodum aut incommodum ipso gestu ad nos nullum pertinet: solum ad eum pertinere potest, qui gerit, si sibi rem gereret. Quod quis sibi gerendo suum facere potuit, id nostro nomine gerendo in nos velut transferre, & nostrum facere potest, si voluntas nostra accesserit, vel quæ præcederet, vel quæ sequeretur ratum habendo. Quod accidit in caussis duabus huiusmodi. Emit aliquis fundum Tusculanum meo nomine. Non potest hoc negotium, si hic consistitur, ad quemquam pertinere ipso gestu, ex quo nullum cuiquam commodum acquiritur. Non enim acquiritur gerenti, qui sibi non emit. Mihi multo minus, qui actionem mihi acquirere non potuit. *d. L. multum, C. si quis alt. vel sibi*. Sed tamen si sibi emeret, faceret id negotium suum. Quapropter & voluntate sua utilitatem huius gesti in me conferre potest, dum emit meo nomine. Sed quod ita procedet, si etiam consentiam. Quod ita intelligetur, si aut prius alii mandavi, ut eum fundum mihi emeret, quo declaravi, eam emptionem mihi placere; aut cum nihil statuissem prius, postea re cognita emptionem ratam [6] habui. De eo qui in hac specie prius voluntatem suam declaraverat, est responsum Africani in *L. mandasti, 46. D. de neg. gest.* de ratihabitione huius secuta est in *L. si pupilli, §. pen. D. de neg. gest.* Eiusdem generis exemplum est in hac specie. Exegit quis pecuniam meo nomine ab eo, quem debitorem meum putabat, qui non erat. Huius exactionis commodum aut incommodum ad nullum plane pertinet. Non ad eum qui exegit, quia illi alterius nomine solutum est, non suo. Non ad me, quia mihi nihil debetur. Potuit tamen is qui exegit, negotium suum facere, si suo nomine exigeret. Sic enim ut pecuniæ commodum, ita reddendi incommodum in se susciperet. Quare meo nomine exigendo hæc eadem in me transferre potest ut meum negotium fiat, quod illius esse potuit. Et vero fiet meum, si ratum habuero: ut quod negotium prius alienum fuit, id est non meum, id ratihabitio mea mihi conciliet & meum faciat; sitque & mihi adversus eum qui exegit, & illi adversus me mutua actio negotiorum gestorum. Hæc in *d. L. si pupilli, 6. §. pen. D. de neg. gest.* congruit *L. si quis negotia, 23. D. eod.*

XI. Sed meminerimus hic voluntatem & ratihabitionem meam mihi negotium conciliare, si negotium, quod meo nomine gestum est, ipso gestu ad nullum alium pertineat. Quod si pertinuit; solius eius negotium est, nec ratihabitio mea meum faciet, quod iam ante alterius esse cœperat. Utputa, dum me heredem putat, fulsit ædes hereditarias, agros hereditarios coluit, familiam aluit, ego ratum habeo. Neque mihi adversus illum eo nomine actio est, neque illi adversus me: quia quod in hereditate aliena hic gestum est, eius commodum & incommodum ipso gestu ad verum heredem pertinet, non ad me qui heres non sum. Quod heredis negotium esse cœpit, id illi ratihabitio mea auferre aut mutare non potest. Hoc in *d. L. si pupilli, §. pen.* in fin. *de neg. gest.*

CAP.

6) *Vid. supra C. 15. N. 4.*

C A P. XVIII.

De adminiſtratione neceſſaria tutorum: Quæ hic gerendi neceſſitas; ſive unus tutor datus ſit, ſive plures: Et de diviſione tutelæ pluribus tutoribus datis.

Adminiſtratio tutelæ neceſſaria. I.
Partitio rerum. II.
Tutor recte datus tutelam gerere debet neceſſario & ſtatim, ex die quo ſcit hoc munus ſibi demandatum. III.
Scit autem cum illi quomodocunque innotuit ſe datum eſſe tutorem. IV.
Si ceſſet: tutelam gerere cogitur dupliei via. V.
Extraordinaria; mulctæ dictione, & capione pignorum. VI.
Ordinaria; periculi metu ex ceſſatione. VII.
Datus intelligitur ad omnia pupilli bona. VIII.
Si plures pupilli tutores: refert utrum diviſa inter illos tutela, an indiviſa maneat. IX.
Tutela iure dividitur non a tutoribus; ſed vel a teſtatore, aut a magiſtratu. X. XI.
Eius dividendæ ratio duplex; & quæ: Prior ſemper rata manet. XII.
Poſterior a teſtatore facta duobus caſibus infirmatur a prætore; & qui illi. XIII.
Immo hæc eadem a prætore facta erit irrita, niſi plura concurrant; & quæ illa. XIV.
Diviſa tutela inter plures, etiam dividitur adminiſtratio, & illius gerendæ periculum. XV.
Exceptio duplex; & quæ. XVI.
Diviſio tutelæ extraneis prodeſt: ſed non nocet. XVII.
Uni ex pluribus tutela gerenda commiſſa; unius eſt gerendæ poteſtas, ſed commune periculum. XVIII.

I. Atque hæc de voluntaria rerum alienarum adminiſtratione ſatis, quo intelligatur, quæ hinc mutuæ obligationes, præſtationeſque ſint, quæ actiones inter eum, qui negotia geſſit, aut gerenda ſuſcepit, & eum ad quem negotium pertinet. Eædem prope obligationes, & præſtationes interveniunt in neceſſaria rerum alienarum adminiſtratione. Sed quoniam non omnia, eo de hoc genere quæ communia ſint, quæ propria, ſeparatim cognoſcendum eſt. Et quoniam hanc adminiſtrationem eſſe diximus in tutoribus, & curatoribus; in curatoribus autem prope eadem omnia ſervantur: ideo ne verboſa fiat oratio, orationem ad tutores conferemus, idem intellecturi & de curatoribus. Et quod in his primum eſt, ut & tutorum in tutela, & curatorum in curatione neceſſariam adminiſtrationem eſſe dicamus, quo maxime hæc adminiſtratio ab illa voluntaria diſtinguitur, nos quoque ab eo ordientes, ſit hæc & qualis gerendi neceſſitas initio ſtatuamus.

II. In quo hæc quinque ordine quæruntur. Primum, an tutor recte datus gerere tutelam debeat. Secundum, ex quo tempore. Tertium, ſi detrectet, quæ ſit cogendi ratio. Quartum, quantum ad curam eius pertineat. Quintum, pluribus datis quæ ſit neceſſitas gerendi in ſingulis, quod officium & periculum ſingulorum. De quibus ſic habendum.

III. Eſt omnino ita tutoris munus, ut recte datus tutelam gerere neceſſe habeat. Eſt enim tutela munus publicum: quod genus ſine iuſta excuſatione detrectare non licet. *Inſt. de exc. tut.* in pr. *L.* 1. *D. de muner. & hon.* Atque ut gerere neceſſe habet, ita ſtatim cogitur; ut ſi ſtatim non gerat, ſuo periculo ceſſet: ſic tamen, ſi ſciat ſe tutorem datum, nec ullam excuſationem alleget intra tempora conſtituta. *L.* in pr. *D. de adm. tut.* Quid ergo, ſi allegarit, ſed aut excuſatio recepta non eſt, quia non eſſet legitima, aut poſt longum tempus appellatio iniuſta pronuntiata eſt? Placet non ex quo ſententia iudicis excuſatio repudiata eſt, neceſſitatem gerendi inchoari, ſed ex quo primum ſciens tutor ad tutelam accedere debuit. *L. tutor*, 20. *D. de adm. tut.* Uſque adeo, ut quanvis cognitio de appellatione producta ſit in tempus heredis, nihilominus reſponderit Papinianus heredem poſtea victum præteriti temporis periculum præſtaturum: addita hac ratione, quod non videatur levis culpa, contra iuris auctoritatem mandatum tutelæ officium detrectare. *L. tutores*, 39. § *tutor*, *D. eod.*

Et

Et sane qui ita repudiatus est, excusationem se habere dixit, non habuit.

IV. Scire tutorem accipimus, quomodocumque illi innotuerit se tutorem datum, ut non debeat exspectare, dum sibi denuntietur, ut tutelam gerat, multo minus ut iubeatur a magistratu. *L. 5. §. ult. D. eod.* Quod si dicetur tutor ante cognovisse, & neget; quod fit in cæteris caussis, idem & in hac servabitur, ut pupillus qui hoc dicit, probare [1] debeat. *L. 6. D. eod. L. 2. D. de prob.* Quod si tutor ab alio monitus se tutorem datum, adhuc ignoret, quod fidem non habeat ei, qui admonet? Poterit eius ignorantia excusationem habere, si is monebit, qui nihil certi de eo afferat. Sed ita, si erit privatus. Quod si magistratus interveniat, qui iubendi ius habens iubeat tutorem tutelam gerere, satis habebit momenti hic iussus, ut tutor exinde periculo obligetur, quasi ex illo tutor satis sciverit, aut existimare debuerit se tutorem datum, & iubenti parere debere. In quam sententiam accipi oportet *L. qui iussus, 17. D. de adm. tut.*

V. Iam illud tertium videamus, ex quo tempore tutor ita tutelam gerere debet, ut diximus, si cesset, an cogatur gerere; & si cogatur, quæ sit ratio cogendi. Et cogi constat. *L. 1. in pr. D. eod.* Cogendi autem ratio duplex est: una extraordinaria, altera ordinaria.

VI. De extraordinaria hoc tantum scribit Ulpianus in *d. L. 1. gerere*, inquit, *atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet*. Extra ordinem valet, non iudicio; sed statim vi & imperio magistratus: ut hoc verbi usurpatur a nostris, cum de aliquo per magistratum cogendo loquimur, & extra ordinem iudicio & actioni opponitur, ut liquet ex *L. 3. in pr. D. ne vis fi. ei qui in poss. miss. est*. Appellatio hinc nata, quod via ad cogendos eos, a quibus aliquid exigimus, ordinaria posita est in iudicio, nempe hæc, ut is a quo exigimus, iudicio conveniatur, conventus convincatur debere, convictus condemnetur, sic denique ad executionem iudicati veniatur. *L. negantes C. de obl. & act. L. 1. C. de exs. rei iud.* Hinc fit, ut cum quis cogitur a magistratu alia via, dicatur cogi extra ordinem, ut sit præter ordinem & morem rei gerendæ usitatum. Cogitur autem extra ordinem tutor remediis prætoris ad cogendum nec obedientem civem in re pecuniaria proditis. Remedia hæc sunt, ut gerere detrectanti mulctam dicat, quanta pro re nata dici debere videbitur, simul pignora capiat, unde mulctæ indictæ satisfiat, si tutor perseveret non gerere. Indicat *L. 1. §. ex hoc rescripto, D. de insp. vent.* Sciendum tamen has partes magistratus ad tutorem extra ordinem cogendum cessare, cum tutor semel gerere cœperit: ut quanvis cum cœpisset gerere, postea gestu se abstineat, nihilo tamen magis cogi debeat. Sed si id fit, suspectus postulari potest. *L. 5. §. gessisse, D. de adm. tut.* Gessisse autem videbitur, sive per se gesserit, sive per alium, atque adeo si alio contutore gerente satisdationem ab eo acceperit. *d. L. 5. §. gessisse. L. tres tutores, 55. in pr. vers. non solum, D. eod.*

VII. Altera est cogendi tutoris via ordinaria, ut quanvis is a prætore non cogatur, tamen hæc ratio altera supersit. Ea est imminentis ex cessatione periculi metus. Id autem periculum tale est. Nam ut ante dixi, ex quo primum tutor scit se tutorem datum, si cesset, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora præstituta, suo periculo cessat, dum si quid ex ea cessatione damni est pupillo, id iudicio tutelæ præstare cogitur. De quo postea. *L. 1. §. 1. D. de adm. tut. L. 1. in. pr. D. de tute. & rat. dist. act.* Cuius periculi proposito metu, est omnino, cur tutor excitari debeat ad administrationem suscipiendam. Nec novum videatur, quod hanc quoque rationem cogendi tutoris esse dicimus. Nam & alias cum iubetur argentarius rationes edere, & nisi edat, actio adversus eum proponitur, dicitur argentarius cogi a prætore per metum in factum actionis rationes edere. *L. quædam, in pr. D. de edend.*

VIII. Quod quarto loco quærimus, quantum ad curam tutoris pertineat, non difficile id intellectu est. Non enim pars tutelæ, sed tota tutela tutori gerenda commissa est. Sequitur igitur, ut datus tutor, ad universum patrimonium datus esse intelligatur: quod & traditur in *§. datus, Inst. de exc. tut.* Quod quidem dubitationem non habet, si patrimonio pupilli, quod initio fuit, nihil postea accesserit. At quid, si accesserit, puta bona materna ad eum redierint morte matris? Consequens est superiori sententiæ, etiam quod accessit, ad curam & periculum tutoris pertinere: quoniam & quod accessit, eiusdem patrimonii pars est. Quod & placuit. Sublevandi tamen tutoris caussa, ad augmentum solet curator dari. Quod dato

nova

1) P. Greg. 13. *Synt.* 20. *n.* 8. Nisi præsumptio contra tutorem, ubi illi iniungitur probatio. Sic accipienda *L. pen. C. de peric. tut.* Pac. 5. *Enant. Quæst.* 75.

nova dubitatio oritur, etiamne tum ipsa augmenta ad curam priorum tutorum pertineant. Et placet nihilominus pertinere, eum omnis utilitas pupillorum ad eos pertinere debeat: curatorem autem cum nominatim ad augmentum tantum datus sit, solum hoc, non etiam pristina bona administrare debere tantum in ea re hactenus teneri, si priorem tutorem cum opus esset, suspectum facere, aut ab eo satis exigere supersederit. De quo paulo post plura in divisione tutelæ. Hæc in *L. quoties*, 9. §. ult. & pen. *D. de adm. tut.*

IX. Quibus cognitis, siquidem unus tantum datus sit tutor, quod amplius de necessitate gerendæ tutelæ quæramus, nihil est, cum hoc teneamus, quis, quando, quantum gerere debeat, & si cesset, quomodo cogatur: in quibus superioris necessitatis cognitio versatur. At quid si plures erunt dati tutores? Hic iam succedit illud quintum, quod in hac necessitate postremum quærimus, quæ sit hic gerendi necessitas in singulis, quod officium & periculum singulorum. Et refert, utrum tutela inter eos qui dati sunt, divisa non sit, an sit divisa. Inter quos tutela divisa non est; cum pariter tutores dati sint omnes, nec uni potius mandata administratio, quam alteri; ideirco & omnium commune periculum est in administratione tutelæ, & in solidum universi tenentur. Traditum totidem verbis in *L. tres tutores*, 55. in pr. *D. de adm. tut.* Quod quatenus verum sit, & quomodo accipiendum, tum plenius intelligetur, tumque maxime cognoscendi locus est, cum de actione tutelæ, qua singuli conveniuntur, dicemus.

X. Quod si divisa sit inter eos tutela, refert hic quoque a quibus sit divisa. Neque enim dividendi potestas est omnium, ut quidem divisio aliquid conferat ad minuendum periculum tutelæ. Certe hæc potestas tutorum non est. Hi communi consensu tutelam dividentes inter se conventione sua mutuum periculum non mutant, *L. ult. C. arb. tut.* Et merito: neque enim qui prius in solidum tenebantur, eam obligationem facto suo tollere potuerunt. *L. si servum.* 91. §. *pen. D. de verb. obl.* non constitutæ semel obligationi renuntiare, non certe consentiente eo, ad quem ea res pertinet. *L. sicut, C. de obl. & act.* non denique actionem pupillo semel quæsitam ei auferre, aut mutare. *L. debitorum, C. de pact.* Quæ omnia constant certo iure, ducta ex illo summo præcepto iuris & naturæ, quo præcipitur neminem lædendum; & quæ idem valent, nulli ius suum detrahendum, neminem alterius conditionem facere posse deteriorem. *L. iustitia, D. de iust. & iur. L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur. L. solvendo, D. de neg. gest.* Sane quod inter se tutores pacti sunt de dividenda tutela inter ipsos valere potest, ut ipsis noceat. *L. epistola*, 52. §. *pactum, D. de pact.* aliis eo pacto nocere non possunt sive publici iuris res sit, sive privati. *L. inter*, 42. *D. eod. L. debitorum, C. eod.*

XI. Qui sunt igitur, qui dividendæ inter plures tutores tutelæ ius habent, ut divisio valeat, & administrationi modum faciat? Duo sunt, Testator, qui tutores dedit; & Magistratus, qui de dividenda tutela aditus, de eo caussa cognita statuit. *L. 2. C. arb. tut.*

XII. Sed dividi potest ab his tutela duobus modis, neque id semper utiliter. Nam aut distribuitur inter omnes tutores administratio vel in partes, vel in regiones: quæ propria administrationis divisio est: ut si uni mandetur cura rerum immobilium, alteri negotiationis alicuius, & rerum mobilium: Aut ex omnibus tutoribus uni soli mandatur administratio, ne per plures tutela administretur. Prior divisio ab utro ex superioribus facta sit, semper rata est: cum nihil habeant singuli in ea divisione quod improbent, ex qua omnibus permittitur gerere. Et eadem singuli non onerantur, sed sublevantur. Indicatur in *L. 3.* in fin. & *L. 4. D. de adm. tut.* Tantum ut hic meminerimus, a voluntate patris esse incipiendum: tum hac cessante succedere partes prætoris. *d. L. 3. §. ult.* in pr.

XIII. Posterior divisio non semper rata habetur. In testatore quidem duobus casibus. Nam cum omnis in hac re voluntas testatoris ideo servetur, quod prætor edicat se eam secuturum: Is eam istis casibus se non secuturum ostendit. Unus casus est, si omnes tutores velint gerere, quod fidem non habeant electo, nec patiantur succedanei esse alieni periculi; sic enim loquitur Ulpianus, aitque in hac re esse audiendos, ut prætor permittat eis omnibus gerere. Hoc ille in *d. L. 3. §. ult. de adm. tut.* Alter casus est, cui locus est etiam cæteris tutoribus electionem testatoris approbantibus, cum scilicet caussa cognita comperit prætor non idoneum tutorem a testatore esse electum, cui tutelæ administrationem mandaret, & in eo eligendo falsum esse patrem; sive quod deceptus sit ætate, puta minor viginti quinque annis, sive quod erraverit in moribus

ribus, aut facultatibus electi. Finge patrem uni administrationem mandasse eo tempore, quo iste tutor bonæ vitæ, vel frugi esse videbatur: deinde postea eum cœpisse male versari ignorante testatore. Finge rem ei commissam contemplatione facultatum eius, quibus postea exutus est. Æquum est, & ad religionem magistratus pertinens, pro commodo pupilli non sequi in eo patris voluntatem. Hoc item in *d. L.* 3. §. *quanvis, de adm. tut* Ita priore casu prætor electum a patre tutorem solum non admittit propter reliquos tutores, ne his dissentientibus, ipsis noceat. Posteriore propter personam electi, ne non idoneo admisso obsit commodis pupilli. Sed ubi quid horum caussa cognita prætori non occurret, sic ille in hac re voluntati patris standum putavit, ut ediceret se ei sine alia probatione statutum, commissurumque ei tutelæ administrationem, cui pater eam delegavit. Neque hic retulerit, quis sit hic parens, qui filio tutorem dedit, isne, qui filium habuit in potestate, an qui non habuit, cuius modo dationem prætor confirmarit. *Meritoque*, inquit Ulpianus, *parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit*. Hoc ille in *d. L.* 3. §. 1. *de adm. tut.*

XIV. Sed & in prætore unum ex tutoribus datis eligente, cui tutelæ administrationem committat, ut utilis sit electio, hæ sunt conditiones: si non erit a tutore electus unus; si aliis tutoribus præsentibus, aut prius convocatis, decreverit, quis gereret, de sententia maioris partis; & si cæteri non [2] recusent rem per unum geri. *d. L.* 3. §. *ult. de adm. tut.* Ex quo intelligitur, sive alius electus erit a patre; sive prætor unum electurus non iusserit omnes tutores convocari, ut his convocatis sequeretur maioris partis electionem, sive velint omnes gerere, nec se periculo committere alienæ administrationis; totidem modis accidere, ne rata sit prætoris electio, quæ uni ex tutoribus administrationem tutelæ imponat. Sed ut si qua ex superioribus conditionibus deest, inutilis est electio prætoris: ita omnibus his concurrentibus valet, ut solus is gerere debeat, quem designavit. Quid si vocati tutores nun creant, aut coacti non decernant? Prætor ipse caussa cognita statuet, quis gerat, ut si cæteri postea moniti non dissentiant, standum sit eius electioni. Cæterum si moniti non consentiant, sed velint omnes gerere; æque decretum prætoris his non nocebit. *d. L.* 3. §. *ul. de adm. tut.* Sed si pater non destinavit, quis gerere debeat: quid opus fuit prætorem tam sollicite de uno eligendo auctoritatem suam interponere, cum electione hac omissa pro uno plures futuri sint, qui tutelam gerunt? Respondet Ulpianus prætori curæ fuisse, atque id etiam egisse, ne tutela per plures administretur; atque id caussæ esse, quod facilius unus tutor & actiones exercet & excipit, ne per plures tutela spargatur. Hoc in *d. L.* 3. §. *pen.*

XV. Iam utriusque divisionis quæ vis sit, videamus. Ea vis hæc est, ut divisio administrationi, & periculo tutelæ modum faciat. *L. inter*, 36. *D. de adm. tut.* Et hoc est, quanta administratio cuique attributa est, tantum quisque obtinet, neo longius progreditur aut potestas gerendi, aut gerendi necessitas, & tutelæ periculum. De potestate certum. Sint duo tutores dati unus rerum Italicarum, alter provincialium. Italicus res provinciales non geret, & si de his agere cœperit, exceptione summovebitur. Idemque valet vice versa, si provincialis tractare volet res Italicas, *L.* 4. *D. de adm. tut.* Sed etsi unus pupillo auctoritatem præstiterit in ea parte aut regione, cuius administratio ei commissa non est, quod gestum est, ratum non habebitur. *L.* 4. *D. de auct. tut.* Et recte utrumque: bene enim Venuleius ita definit, quantum facit in totum denegata administratio, tantumdem valere, si in ea re, de qua agitur, denegata sit. *L. si duo*, 51. in fin. *D. de adm. tut.* Atque ut pro divisione tutelæ dividitur inter tutores gerendi potestas, sic & necessitas gerendi, & non gesti periculum. Ut puta, *ad eos, qui in alia provincia tutelam administraut, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt*, [3] *non porrigitur*. Verba sunt *L.* 2. *C. de peric. tutor.* Idque est, quod dicunt Imperatores in *L.* 2. *C. de divid. tut.* divisa iure tutela inter plures tutores datos periculum invicem tutores non sustinere.

XVI. Duo tamen hic excepta, quæ tutores etiam in alienæ regionis, aliarumve partium administratione periculo suo præstare debeant. Unum est, ut tutor observet alienæ regionis contutorem, videat-que,

2) Si tamen unus velit dividi, licet cæteri omnes administrare velint, divisionem fieri arbitrio iudicis tradit post Bart. Gutierez. *de Tutel. & curis P.* 1. *Cap.* 14. *n.* 3.

3) Vid. Gutierez. *de Tutel. P.* 1. *Cap.* 15. *n.* 6. *&* 2. *seqq.*

que, quomodo in illa re quæ illi commissa est, se gerat: & si animadvertat eum se non recte & ex fide gerere, suspectum faciat; ea lege, ut si per dolum & culpam suspectum non postulaverit; vel tarde actionem moverit, cum scilicet contutor non solvendo effectus esset; vel suspicionis caussam agendo sua sponte iura pupilli prodiderit, eius rei periculum præstet. *d. L.* 2. *C. de divid tut. L. etiam*, 14. *D. de adm. tutor.* Quam ob caussam tutor a contutore alterius regionis, vel partis recte postulabit, ut secum administrationem communicet, non ut cogat eum id facere, quasi sit de eo adversus contutorem actio; sed ut si contutor communicare recusabit, possit suspectus postulari. *L. actus*, 19. *D. de adm. tut.* Alterum & hoc tutor in alienæ regionis administratione præstare debet, ut si quæ apud se instrumenta repererit, quibus contineatur debitum in alia regione contractum, admoneat tutorem eius regionis, ut ille suo arbitratu debitum persequatur, ne si ignoret, rem sine culpa sua dilabi sinat, quod nisi facit, placet periculum nominis ad eum pertinere. *L. Titium*, 47. *§. tutores*, *D. de adm. tut.*

XVII. Illud in tota hac divisione tenendum est, valere hanc & servari inter tutores omnimodo; sed & eamdem valere aliis extraneis, ut eis uti volentibus prosit: nunquam autem tantam vim habere, ut his noceat. Et ideo si unus tutor in sua regione agat cum debitore pupilli de re ibi contracta, & ei qui convenitur, debeatur vicissim aliquid a pupillo, quod cum tutore alterius regionis contractum sit; non prohibetur reus huius debiti compensationem 4 obiicere. Ut enim plures sint tutores, & tutela iurisdictione divisa; iure tamen tutela una est, unus idemque debitor & creditor pupillus; ex cuius ideo persona compensatio recte opponi potest. Sententia hæc est Papiniani in *L. inter*, 36. *de adm. tut.*

XVIII. Neque hic alia caussa est divisæ tutelæ, cum ex pluribus tutoribus uni soli mandata est tutelæ administratio. Solus hic gerere debet. Cæteri ii sunt, qui honorarii appellantur. Quorum in ea tutela nullæ sunt partes, nulla gerendi potestas. *L.* 4. *L. tutores*, 6 *D. de auct. tut.* Neque tamen ideo periculo 5 eximuntur. Dati sunt enim, inquit Ulpianus, quasi observatores & custodes actus eius, qui gessit, imputabiturque eis quandoque, cur si male eum conversari videbant, suspectum non fecerint, *L.* 3. *§.* 1. *D. de adm. tut.*

CAP.

4) Divisio modum gestioni inter tutores solum facit, ut agere vel excipere actionem tantum cogatur, quisque eam quæ ex sua administratione pendet. Creditoribus autem pupillaribus non obstat, nec compensationem remoratur, quia unius illi pupilli intuentur personam, cuius unum est patrimonium, belle Brisson. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Compensat. p.* 421. add. Loriott. *de Tutel. Axiom.* 16. *& seqq.* & vid. *infra Lib.* 16. *Cap.* 15. Et una tutela manet ratione pupilli semper individua, Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisd. Cap.* 1. *n.* 21.

5) Vid. Gutierez. *de Tutel. & cur. P.* 1. *Cap.* 17. A. Fab. t. *Iurispr.* 12. *Pr.* 1. *n.* 49. ubi quod in *d. L.* 3. §. 2. habetur rationem eos exigere oportere, de ratione facti interpretatur, cur sic vel ita faciat, non de ratione tutelæ,

CAP. XIX.

Quod officium tutoris & ante susceptam tutelæ administrationem, & in ipsa rerum administratione.

I. EX his iam intelligi potest, quæ sit, & qualis illa necessitas tutelæ gerendæ, quam in necessaria hac administratione versari diximus. In quo hæc sunt, Quis gerere debeat, Quo ex tempore, Quam necesse habeat, tum Quantum ad curam cuiusque tutoris in ea administratione pertineat. Quo cognito sequitur, ut tutor ad hanc curam, atque hoc officium accedat, simul quo recte administret, videat, quid in hoc officio versetur. Quo loco meminisse oportebit eius, quod de partibus administrationis tutelæ supra scripsimus, *Lib*. 3. *commentariorum Cap*. 12. contineri scilicet omnem hanc administrationem duabus rebus. Potestate tutoris ad res gerendas accommodata, ut quæ ab eo gesta sunt, rata sint: & tutoris Officio, id est eo, quod ipse efficere debeat in tutelæ administratione pro munere sibi iuncto. De potestate illic diximus, quia pertinebat ad imminutionem personæ; de qua imminutione in iure personarum agitur. Quæ ad officium pertinebant, in hunc locum reieicimus. Et recte, quia pertinet locus ad obligationem, qua in hac re tutor obstringitur. Obligatio autem ex quasi contractu, ut declaratur in *L*. 5. *§. tutelæ*, *D. de obl. & act*. *§. tutores*, *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc*. ac de quasi contractibus nunc agimus. De eo igitur officio iam breviter dicemus.

II. Officium tutoris in tutelæ administratione constat duabus partibus summis. Una habet initium, ac præparationem quandam ad futuram administrationem magis quam administrationem. Altera versatur in ipsa rerum administratione.

III. Initium, & præparatio ad futuram administrationem duas res desiderat, quæ tutoribus ante omnia iure iniunguntur, Satisdationem, quibus in tutoribus ea necessaria est; & in omnibus. Inventarii rerum ad cuiusque administrationem pertinentium confectionem Quæ duo sunt eiusmodi, ut his non antegressis, aut omnino ad tutelam, aut impune perveniri non possit.

IV. Satisdationem hic dicimus, qua cavet tutor rem pupilli salvam fore. Hæc non

non omnibus tutoribus iniungitur, sed certis tantum. Quinam hi sint, scripsimus *supra Lib.* 3. *Cap.* 11. Hoc igitur dicimus, quibus tutoribus hæc satisdatio iniungitur, eos ante omnia hanc satisdationem implere debere. Quod ni faciant, pœna hæc est non levis, quod cum a tutela penitus arceantur, nihilominus periculo suo cessant non minus, quam si ad tutelam admissi gerere detrectarent. Arceri eos penitus a tutela liquet ex eo, quod quæcumque ab his ante satisdationem gesta sunt, placet non magis valere, quam si maxime ab extraneo gesta essent, ut declaratur in *L.* 3. *L. ult. C. de tut. qui sat. non ded.* Et tamen totius præteriti temporis periculum ad eum pertinere non patitur dubitari ea definitio, qua traditur tutorem simulatque cognoverit se tutorem datum suo periculo cessare. *L.* 1. in pr. *D. de adm. tut.* Nec dicet tutor: non debere sibi imputari, quod non gesserit, cum iure prohiberetur. Potuit enim facere ne prohiberetur satisdando. Quod quia non fecit, culpa eius est, vel dolus potius & contumacia, quæ merito plectitur.

V. Quod si quis tutor satisdare non cogitur, aut qui cogebatur, satisdedit, hic iam alterum ab omnibus tutoribus exigitur, ut ante omnia curent rerum pupillarium ad administrationem suam pertinentium [1] inventarium publice conficiendum, nec prius ad tutelam gerendam accedant; & hoc nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi [2] vetuerint. *L. ult. §. ult. C. arb. tut. L. tutores, C. de adm. tut.* Est autem inventarium, quod verbi origo satis indicat, instrumentum in quod refertur omnium rerum ad patrimonium pertinentium descriptio, sic dictum, quod si de patrimonii quantitate quæratur, quænam ea sit, statim ex ea descriptione inveniri & reperiri possit. Unde eadem significatione & repertorium dicitur. *L. tutor.* 7. in pr. *D. de adm. tut.* Publice id confici volumus, ut habeat publicam fidem. *d. L. ult. C. arb. tut.* Hoc autem publice alibi sic explicatur, ut fiat sub præsentia publicarum personarum. *d. L. tutores, C. de adm. tut.* Publicas personas intellige, puta magistratus, & publicos tabelliones, aut eos, qui secundum morem cuiusque regionis ad eam rem adhiberi solent. In hac forma quid servandum sit, plenius cognosci potest ex his, quæ de inventario rerum hereditariarum ad futuram aditionem conficiendo scripsimus *supra Lib.* 7. *Cap.* 3. Usus inventarii in tutelæ administratione ita necessarius, ut sine certo periculo & fraude pupilli prætermitti non possit. Ne sit enim certum, quæ res in patrimonio pupilli fuerint, cum tutori administratio traderetur, ne illud quidem constabit, quid eum finita tutela præstare, & cuius rei rationem reddere oporteat. Ita licebit ei in bonis pupilli impune grassari, & cum omnia aut pleraque male consumpserit, aut ad se perfidiose transtulerit, licebit ei dicere nihil se accepisse. Eoque nihil se reddere debere. Adversus hoc periculum valet sola inventarii publica confectio; cum scilicet ex eo finita tutela intelligetur, quid tutor curæ suæ commissum acceperit, ac proinde quid gerere debuerit, ac nunc quid debeat restituere. Idcirco tam districte hoc officium conficiendi publice inventarii ante omnia exigitur a tutoribus; cuius etiam ob eamdem caussam omissio [3] variis pœnis neque his levibus subiicitur in his, qui eo non facto ad tutelam gerendam accesserint. Hæ pœnæ sunt qua-

1) *L.* 7. *pr. h. t. L. de creat.* 27. *C. de Ep. aud.* vid. de hac confectione, Muzin. *de Tut. Q.* 3. *tertia Q. principalis.* Piagg. *Q.* 7. Fr. Munnoz de Escobar *de Ratioci. administrat.* C. 9. A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Princ.* 7. *Ill.* 7. fuse & exacte Io. Gutier. *P.* 2. *C.* 1. toto. Vocatur & *ἀναγραφὴ L.* 15. *pr. de reb. auct. iud. poss.* & synopsis *L.* 5. 11. *de reb. eor. qui sub tut.* A. Aug. 4. *Emend.* 3. Cuiac. 8. *Obs.* 1. Menoch. *Arb. Cas.* 171. *n.* 10.

2) Forte quia filii interest ne secreta patrimonii pandantur *L. ult. C. de alim. pup. præst. L.* 2. *C. Quan. & quib.* 4. *pars* Pietas enim paterna optimum censetur pro liberis consilium eligere. Manain *d. Q.* 3. *n.* 6. Ant. Fab. d. *Ill.* 7. ubi secus esse statuit, si appareat testatorem vetuisse potius ut tutori quam ut pupillo prospiceret. Tunc ad officium iudicis & tutoris pertinere, ut inventarium nihilominus fiat. Et Covar. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 4. posse quidem necessitatem hanc remitti, sed tutorem tamen cogi a iudice ut conficiat, si id visum fuerit expedire administrationi, & Gutierez. *d. C.* 1. *n.* 39. *& seq. & in repetit. L.* 55. *de Leg.* 1. *n.* 412. & seq. Alii discrimen faciunt inter prohibitionem testatoris quæ valida, quia videatur facta in gratiam pupilli, & remissionem quæ invalida, quia in gratiam tutoris. Quam distinctionem coloratam vocat, & æquitatem præ se ferre scribit, Clar. §. *Testa. Q.* 66. *n.* 3. *&* 4. licet contraria receptior & sequenda sit, quam & probat Gutierez. *d. C.* 1. *n.* 37. *& in repetit. L. nemo potest* 55. *de Leg.* 1. *n.* 409. Descriptio tamen bonorum debet fieri ad faciliorem probationem. Gutierez. *d. C.* 1. *n.* 38. *& in d. L.* 55. *n.* 411. *& n.* 416. Nec improbabiliter tentari potest in *d. L. ult.* non tam ipsam confectionem repertorii vetari, aut remitti, quam solemnitatem ac interventum publicarum personarum per vocem *specialiter* & quia ter in *d. L. ult.* mentio inventarii publice facti, Moller. 1. *Semestr.* 39. *n.* 10. Nisi dicere quis malit testatorem eo casu vetare quo ipse forte inventarium rerum omnium suarum reliquit. Sane ita pater ad solemnitatem inventarii in bonis filiifamilias, quibus usumfructum habet, non adstringitur, vid. *supra Lib.* 10. *C.* 4. *N.* 6. Pater vero legitimus tutor emancipati ad inventarii solemnis confectionem tenetur, Io. del Castillo *Contr. quotid. de Usuf.* C. 37. *n.* 110. *& seqq.* Denique creditoribus non præiudicat hæc remissio, vid. *supra Lib.* 7. *C.* 3. *N.* 8.

3) Vid. Gutierez. *de Tutel. & cur. P.* 2. *C.* 1. *n.* 57. *& seqq.* ubi *n.* 58. gesta ante confectionem inventarii ipso iure irrita esse, in quo a se dissentit *P.* 1. *Cap.* 12 *n.* 36. Cum enim, arguit ibi, det caussam removendi tutorem, ante remotionem est tutor, proinde ab eo gesta valeant.

quatuor. Nam & tanquam ſuſpectus ab officio removetur; *L. ult.* in fin. *C. arb. tut.* & infamia notatur, ibidem: & ſi non ſit in aliqua dignitate poſitus, iubetur vinculis publicis contineri. *L. 3. §. tutores qui*. Ut legitur in aliis exemplaribus, quam Florentinis. *D. de ſuſp. tut.* & quod præcipue utilitatem pupilli attingit, qui inventario non facto gerit, niſi aliqua neceſſaria & iuſtiſſima cauſſa allegari poſſit, cur id factum non ſit, aut niſi gerat id, quod dilationem nec modicam exſpectare poſſit, dolo malo tutelam invadere exiſtimatur. Quæ res facit, ut ſi quid ob id factum ſua intereſſe pupillus dicat, id iureiurando eius in litem æſtimetur. *L. tutor*, 7. in pr. *D. de adm. tut.* Eidemque iuriiurando locus erit, ſi de quantitate rerum agatur, quas pupillus ſibi per invaſionem tutoris abeſſe dicet, de quibus alioqui non poſſit probare, nempe ex *L. ſi quando*, *C. unde vi*.

VI. Cum ſuperiora peregerit tutor, tum ſecure ad tutelam gerendam accedet, in qua adminiſtratione potiſſimum conſiſtit officium tutoris, de quo quærimus. Id officium verſatur partim circa perſonam pupilli, partim circa res eius. In perſona eſt, ut pupillum tueatur, ut declarat definitio tutelæ. *Inſt. de tut.* in pr. Ad hanc tuitionem & curam perſonæ tria hæc pertinent. Educatio pupilli, Inſtitutio, Defenſio.

VII. In primis alimenta pupillo præſtanda ſunt; ſine quibus eſſe perſona non poteſt. Et hoc verbo intelligimus omnia ad victum & cultum perſonæ pertinentia. Quas ad res ſumptus idoneos facere debet tutor, non quam minimos poteſt, ſed qui fiant 4 pro facultatibus patrimonii, & dignitate familiæ. *L. cum plures*, 12. *§. pen. D. de adm. tut.* Quorum tamen de modo ſi dubitabit tutor, nihil alienum faciet ab officio, ſi de eo adibit prætorem; cuius arbitrio pro modo facultatum alimenta conſtituentur; ſed hac lege, ut & ſine prætoris auctoritate ſi quæ præſtita ſint pupillo, ea accepto ferenda ſint, quæ vir bonus arbitrabitur merito erogata eſſe. *L. 2. C. de alim. pupil. præſt.* Quid ergo, ſi pupillo alimenta a tutore non præſtentur? Adeat pupillus prætorem: qui ne in alimentorum præſtatione mora fiat, partibus ſuis fungetur, ut eſt in *L. 1. C. eod.* Sunt autem partes prætoris, ut de modo alimentorum prius conſtituens ſtatim cogat tutorem ea præſtare pupillo remediis ad eam rem comparatis, de quibus ante diximus. Quid, ſi tutor ad eam rem vocatus copiam ſui non faciat? Pœna hic duplex eſt. Nam & tanquam ſuſpectus removeri poteſt: *L. 3. §. tutor. D. de ſuſp. tut.* & præterea ſi perleveret copiam ſui non facere, ne alimenta decernantur, præcipitur, ut ſuis rebus careat, reique ſervandæ cauſſa pupillus mittatur in poſſeſſionem bonorum eius, qui ſuſpectus abſentia ſua factus eſt: quæque mora deteriora futura ſunt, curatore dato diſtrahi iubentur. Hæc in *L. impuberibus*, 7. *D. de ſuſp. tut.* Et cum dicitur mitti pupillum in poſſeſſionem rei ſervandæ cauſſa, agatur autem de alimentis pupillo ſervandis, quorum præſtatio moram non patitur: intelligimus ſic pupillum mitti in poſſeſſionem bonorum tutoris, ut inde alatur. Alioqui ad alimenta obtinenda inutilis ſit hæc omnis rei poſſeſſio.

VIII. Educationi corporum & alimentis adiuncta eſt pupilli inſtitutio: non ut tutor pupillum addicat iis ſtudiis, & iis artibus, quas volet: ſed ut prius certis addictum a parentibus aut cognatis, eum inſtituendum curet, neceſſarios ſumptus faciendo cum ad ſtudia, & res iis ſtudiis neceſſarias comparandas; tum ad mercedes præceptoribus conſtituendas pro facultate item patrimonii & dignitate familiæ. *d. L. cum plures*, 12. *§. pen. D. de adm. tut.* Quos ſumptus facere ſi detrectet tutor, eadem remedia erunt, & eædem pœnæ adverſus detrectantem, quæ ſupra; quandoquidem educatio corporis eſt; inſtitutio animi, res longe potior.

IX. Pertinet ad eandem perſonæ curam pupilli defenſio. De qua ita traditur in *L. tutoris*, 30. *D. eod.* Tutoris præcipuum eſſe officium, ne indefenſum pupillum relinquat. Defendere dicitur pupillum tutor, cum pupillum ab aliis iudicio conventum defendit ita, ut faciat omnia, quæ ad eam rem pertinent, ut ſi quid eorum detrectet, cum opus eſt, non videatur pupillus defendi: ſic definitio eſt *L. generaliter*, 10. *D. de adm. tut.* indicatur autem *ibidem*, quæ ad eam rem pertinere dicimus, ea tria eſſe, ſolutionem, iudicium, ſtipulationem. Quæ non ſic accipi oportet, quaſi hæc omnia ſimul a tutore exigantur ad pupilli defenſionem: ſed ut intelligatur horum unumquodque exigi, prout res hoc aut illud deſiderabit,

4) Vid. Menoch. *Arb. Caſ.* 169. & apud quos educari debeat, vid. *tit. D. ubi pup. educa.* Menoch. *C.* 168. Io. P. Surd. *de Alim. Tit.* 4. *Quæſt.* 13. Charondas Thuriorum legislator educationem hanc cognatis (a matre) agnatis autem qui ſoli futuri pupillo heredes, curam bonorum committi voluit, ratus ita & inſidiarum exſortes effici minores, & res horum diligentius adminiſtrari. Bapt. Egnat. Racemat, C. 12.

bit, prout hoc aut illo ad rectam defensionem opus erit. Solutione ad defensionem pupilli opus est, cum petitur aliquid de pupillo, quod constet a pupillo deberi. Non enim necesse habet tutor, si conveniatur, per iudicem solvere, qui in eo quod petitur non prohibetur bonam fidem agnoscere. *L. quoties*. 9. §. *sicut*. *D. de adm. tutor.* Iudicio ibi ad defensionem est opus, cum petitur aliquid, quod non constet. Nam si in hac incertitudine non est iniquum quemquam indefensum ius suum non relinquere; *L. illud* 40. *D. de her. pet.* multo iustius id praestatur in caussa pupilli a tutore, cui necessaria pupilli defensio incumbit. Stipulatio quam supra diximus ad defensionem pupilli pertinere, intelligi debet, satisdatio rem pupilli salvam fore in eo tutore, qui nomine pupilli agit: iudicatum solvi in eo, qui pupilli nomine convenitur. Ne harum quidem utraque semper ad defensionem est necessaria; sed tunc solum, cum tutore ad iudicium provocante, dubitatur, an sit tutor datus, aut an duret tutor. Nam alioqui ubi constet eum tutorem esse, nulla satisdatio, aut cautio neque ad agendum nomine pupilli, neque ad pupillum defendendum ab eo exigitur. *L. vulgo*, 23. *D. de adm. tut.*

X. In rebus pupilli gerendis officium tutoris hoc est, ut quaecumque sunt in rem pupilli, omnia bona fide [s] curet, ut in re sua faceret; hinc periculum & obligatio huic officio adiuncta, ut si quid dolo tutoris vel culpa contra evenerit, quod damnum ex ea re erit pupillo, id praestet. Definitio sumpta ex his duobus locis inter se iunctis. *L. quidquid*, *C. arb. tut.* *L.* 1. in pr. *D. de tut. & rat. dist. act.* Id etsi ita generaliter & vere dicitur: est tamen per se obscurius, nisi hoc explicatur, quae dicamus esse in rem pupilli, & in singulis quam vere ponamus officium & periculum tutoris; & maxime ideo, quod pleraque hic iure tanquam facta utilia tutori iniunguntur, quae non statim quivis ita in rem pupilli esse existimet, quin tutori prout ipse de his statuetur, videantur debuisse esse utilia. Quare ut de hac parte certo liqueat; quae sint in rem pupilli in bonorum administratione, & quo iure in hac caussa habeantur, plenius cognoscendum est. Quod fiet propositis sigillatim huius administrationis partibus.

XI. In rem pupilli esse recte definiemus, quidquid fieri aut non fieri in rerum administratione pupillo prodest, omitti contra aut fieri pupillo nocet. Prius genus versatur in commodis; posterius in incommodis & oneribus patrimonii; hisque in rebus hoc officium est tutoris, commoda ut fideliter procuret, incommoda prohibere & amoliri studeat. Sic fit, ut officium tutoris; quod circa pupilli res gerendas versatur; contineatur his partibus duabus; commodorum honesta procuratione, & incommodorum atque onerum amolitione.

XII. Commoda spectantur partim in quaesitis rebus; partim in acquirendis. De rebus pupillo quaesitis sic praecipitur constitutionibus, ut si immobiles sunt, serventur per omnia a tutoribus nec alienentur sine decreto magistratus. Idem si sint mobiles; sed cum hac exceptione, nisi, si quae sint oneri, aut servando deteriores fieri possunt. Cautum *L. lex quae tutores*, *C. de adm. tut.* Et quoniam non frustra iubentur servari, sed ut servatas semper pupillo habere liceat, hoc etiam in officio tutoris esse intelligimus, ut eas recte administrando, quoad licet, integras praestet. Quod his rebus consequetur; puta praedia rustica recte colendo, urbana sarta tecta praestando, animalia recte pascendo, aegrota curando, caeteras res a situ & rubigine prohibendo, omnes autem mobiles fideli custodia continendo. Quae omnia si quis dubitat, an sint in officio tutoris, esse intelliget ex ea obligatione, quae de his rebus est, dum ita cavetur, ut quidquid dolo vel culpa tutoris de rebus pupillo partis aut in totum aut ex parte amissum est, id venire in iudicium tutelae. *L. quidquid*. *C. arb. tut.*

XIII. Nec minus res nondum quaesitae; quae pupillo acquiri possunt, ut ad commodum pupilli, ita ad eamdem curam tutoris pertinent, ut acquirantur. Cuius generis species sunt tres; Res pupillo delatae; Quod pupillo debetur; Rerum pupillarium fructus. Res delatae; ut donationes collatae in pupillum, hereditates testamento aut lege delatae. In quibus vel tutore auctore, vel conditione a parente acquirendis, ut officium tutoris ad eam rem agnoscere liceat; placet sive hae auctore tutore repudiatae sint, sive cum delatae essent sub conditione, conditioni paritum non sit, cum posset, periculum amissae rei ad tutorem pertinere. *L. pupillorum*, 21. *C. de adm. tut.* *L.* 4. *C. arb. tut.*

XIV.

[s]) Et iurare cogitur omnia se recte & cum utilitate gesturum, nec utilia praetermissurum, nec inutilia admissurum per *L.* 27. *C. de Ep. aud.* vid. Manz. *in Q.* 3. *tertia Q. principalis n.* 7. Gutierez. *P.* 1. *C.* 12. *n.* 31.

XIV. Quod pupillo debetur, eiusdem curæ est, nempe ut primo quoque tempore per tutorem, quantum potest, exigatur. Primum ut fructibus rei exactæ augeatur, pupillus; deinde ne si debitores inter moras efficiantur non solvendo, res pupillo pereat, cum nullam videatur actionem habere, cui propter inopiam debitoris inanis actio est. *L. nam* 13. 6. *D. de dol.* Hinc & [6] nominum periculum ad tutorem pertinere placet. *L. si tutor*, 15. *D. de adm. tut. L. debitoribus*, 18. *C eod.* Et rebus debitis exactis, quantum fructuum ex his percipi poterat, ad regulam rerum iam partarum redigi debere verum est, De quibus quod ad omnem speciem rerum acquirendarum valeat, definiendum est, quod est in *L. quidquid, C. eod.* quidquid minores cum possent, tutorum culpa non acquisierint, in iudicium tutelæ venire. In hoc autem numero sunt fructus, qui percipi potuerunt,

XV. Ac cæterarum rerum fructus, qui vel ex corpore ipso, vel ex locatione rerum, aut operis servorum percipiuntur noti sunt; de quibus in *L. ancillarum*, 27. & seqq. *D. de her. pet.* De pecuniæ autem fructibus hoc loco quæsitum est, quid de his tutores servare oporteat, Nam & pecuniæ numeratæ suus est fructus, isque duplex. Unus in prædiis ex ea pecunia comparandis, si qua emendi facultas est. Alter in pecuniis fœnori collocandis, unde usuræ capiantur.

XVI. Estne igitur aliqua necessitas, quæ tutorem cogat horum alterutrum facere? & si qua est, qualis est, utrum eiusmodi, quæ liberum relinquat tutori, utrum horum faciat, an vero ea, quæ cogat alterum potius facere, ut nisi faciat, periculo omissi urgeatur? De quo olim ita ius fuit, ut si tantum pecuniæ esset pupillo, ut inde ager comparari posset, pecunia non deberet fœnori collocari, multo minus spargi ad aliquos non necessarios usus; sed in unum conferri, & deponi ad prædiorum emptionem. *L.* 5. in pr. *D. de adm. tutor.* Ni faceret tutor, ibi desiderante pupillo, aut amicis, aut tutoribus iis, quibus tutelæ administratio concessa non erat, iubebatur a prætore deponere, addita hac pœna, ut si neque ad emptionem conferre, neque deponere pervicaciter perstaret, iuberetur quoad emptionis occasio inveniretur, vinculis publicis contineri, si in aliqua dignitate positus non esset: insuper & pro suspecto haberetur. Hoc in *L.* 3. *§ tutores qui.* ut lectio est vulgarium exemplarium omnium. *D. de susp. tutor.* Sed & si post depositionem pecuniæ comparare prædia tutores negligerent, placebat a prætore cogendos esse ad comparationem; sic tamen, ut si cessarent, nec cogerentur a prætore, etiam usuris plectenentur tarditatis nomine, nisi si per eos factum non esset, quominus compararent. *L. tutor*, 7. *§. si post depositionem*, *D. de adm. tut.* Erant autem in eo, si quidem præceptum non esset, ut pecunia deponeretur, usuræ pupillares; sin præceptum esset, legitimæ; id est illic usitatæ, & quæ in provincia frequentantur: hic maxime, id est [7] centesimæ, sic dictæ, quod intra hunc modum omnes usuræ lege coerceantur, ac proinde solæ sint legitimæ. Indicantur hæc in *d. L.* 7. *§. si deponi*, & *§. quæ autem*, *eod.* Quod si etiam ante quam tutores pecuniam deponerent, docerentur pecuniam vertisse in usus suos, placebat non minus & tunc eos legitimas usuras præstare debere. *eod. L.* 7. *§. si deponi*, & *§. idem solent*. Vertisse autem in usus suos intelligitur, qui ea pecunia clam usus est, & tanquam sua abusus, non is qui eam pecuniam fœneravit, quamvis suo nomine? *L. Lucius*, 46. *§. tutorem*, *D. de adm. tut.* aut is, qui a contutore sua mutuam accepit, & certas usuras promisit, palam se & aperte ut extraneus quivis debitorem pupillo faciens, ut eleganter disserit Tryphoninus in *L. non existimo*, 54. *D. eod.* In eadem caussa erat tutor, qui licet pecunia usus non esset, tamen negasset se habere aliquid penes se ad pupillos alendos. *eod. L.* 7. *§ idem solent*, & *§. quæ autem*. Quod si non sufficeret pecunia ad agrum emendum, non erat depositioni locus, *L.* 5. in

6) De quo & quatenus vid. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 49. ubi distinguit. Nomina prius contracta vel a patre pupilli, vel ab antecessore ita periculo sunt tutoris, si lata in non exigendo negligentia minus idonea effecta *L.* 2. *C. arb. tut.* ubi pupillo probandum tunc cum suscepta tutela fuisse idonea. Quæ vero tutor ipse contraxit, in iis præstanda lata ac levis culpa, non tantum in contrahendo, ut si illi credidit, cui diligens paterfamilias non credidisset *L.* 37. *§* 1. *de neg. gest. L* 7 *C. arb. tut.* Sed & in exigendo, ita tamen ut tutori probandum sit tempore mutui dati nomen idoneum fuisse per *L* 1. *§ probatio* 13. *de magistr. conven* Quo probito, si pupillus dicat negligentia nomen deterius redditum ipse probet, per *L. chirographis* 57. *in fin. Pr. h. t.* Quod si omnis culpa in contrahendo absit, nec mora in exigendo commissa, exsors periculi tutor *d. L.* 37. *§.* 1. *de neg. gest. L.* 50. *hoc tit.* Nec enim ratio est ulla, cur minor in nominibus diligentia præstanda, quam in aliis rebus. Alias cum olim inviti etiam fœnerarent, nunquam sibi satis a periculo cavere potuissent. Sane si apud nummularios, publice idoneos habitos, pecunias collocaverit, excusatur, etsi illi deinde foro cedant, Bart. *in L.* 10. *C. de pig. act* arg. eius L. & refert ac probat Don. noster *ibid. n.* 17 Sed nec diem solvendi debitoribus prorogare potest, vid Fachin 12. *Contr.* 56.

7) Ant. Fab. 1. *iurispr.* 7. *Princ.* 7. *ill.* 11. ubi tamen satis audacter *d. §.* 7. & 3. *seqq.* Triboniano adscribit, ceu a iuris ratione alienas.

5. in pr. *D. de adm. tut.* Sed tunc transibatur ad alterum fructum pecuniæ. Iubebatur enim pecunia collocari fœnori, ne pupillo vacaret, & si debita esset pupillo, iubebatur exigi, ut exacta in hunc usum conferretur: idque hac lege, ut si pecuniam tutor neque exigeret, neque collocaret intra tempus ei rei præstitutum, tum debere inciperet eius pecuniæ usuras; interdum etiam pecuniam non exactam, una cum usuris. Sed usuras solum, si per duos menses [8] cessasset tutor pecuniam exigere & collocare. Et de hac specie loquitur Ulpianus in *d. L. 7. §. usuræ, de adm. tut.* Pecuniam autem etiam quamvis non exactam, & eam una cum usuris, si intra sex menses integros tutor pecuniam non collocasset. De qua specie loquitur Paulus in *L. si tutor, 15. D. de adm. tutor.* Et hoc, inquam, de pecuniis pupillaribus bene collocandis ita olim ius fuit.

XVII. Iustinianus autem magna ex parte emendavit, dum studet acerbitatem huius iuris emollire, & faciliorem administrationem minusque expositam periculo debitorum tradere tutoribus, atque hoc modo eos invitare ad tutelam suscipiendam. Extat eius de hac re constitutio in *Novel. 72. Ut hi, qui se perhib. hab. obl. res minor. §. quoniam.* Quo loco nova tria hic induxit. Nam primum intra duos menses primos singulorum annorum iussit omnem pecuniam pupillarem, quæ tum reperietur, servari, ac veluti deponi, sive ea sufficiat ad emptionem prædii, sive non sufficiat. Secundo loco duobus istis mensibus exactis omnem pecuniæ deponendæ necessitatem sustulit, liberum faciens tutori, utrum pecuniam quantamcumque servare velit in emptionem prædiorum, an vero eam fœnori collocare. Tertium etiam adiecit, ut quanvis pecuniam in deposito tutor non haberet, tamen ne sic quidem fœnori collocare cogeretur, sed retinere posset apud se [9] otiosam, idque esset impune, timenti videlicet, ne si in parum idoneos debitores aut parum fideles incideret, non tantum usuras non consequeretur, sed etiam de sorte ipsa in discrimen veniret.

XVIII. Non minus & incommodorum amolitio ad fidem, officiumque tutoris pertinet, dum id agitur, ut incommoda, onerave, si quæ sunt, aut metuuntur, diligentia & cura sua tutor amoveat. Hæc incommoda in rebus duo esse solent. Versantur enim aut in pecuniis, quæ sub usuris debentur, aut in rebus partis, quæ sine incommodo, aut periculo domini servari non possunt. Pecunias sub usuris debitas quis ignorat onerare eum, qui debet? Ideo boni tutoris officium est eas statim exsolvere cæteris creditoribus, ne usuræ currant; nec expectare, ut si conveniatur, per iudicem solvat, si modo pecunia fuit unde solveret. Neque enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere. Et si illi debitum fuit, ut aliis solvere potest & debet, ita & sibi. Ni solvat, periculum eius est. *L. quoties, 9. §. sicut, D. de adm. tut.* Res quæ sine incommodo aut periculo servari non possunt, sunt animalia supervacua; de quibus in *L. lex quæ* in fin. *C. de adm. tut.* item res quæ tempore deteriores fiunt, ut vinum, oleum, frumentum, fructus, vestes quæ detritæ usu, seu corruptæ servando servari non possunt: de quibus in *L. ult. §. ult. d. L. lex quæ, §. ult. C. de adm. tut.* Ideo & in his officium tutoris est, eas statim detrahere: placetque, si in ea distractione cessaverit, eum rem periculi sui facere. *L. 7. §. 1. D. de adm. tutor.*

XIX. Officio tutoris cognito, quale descripsimus, etiam de eo hoc restabit, ut quæratur, quandiu duret, neque id temere. Etsi enim cum dicatur officium esse tutoris, valde consentaneum videbatur, id finita tutela desinere, quo tempore & tutor esse debuit: tamen id interdum secus est. Quocirca quibus in caussis id accidat, cognoscendum est. De quibus breviter subiiciam. Et caussæ hæ sunt, quæ

adm.

8) Donellus noster hic *d. L. 15.* videtur (non enim satis clare prodidit) accipere de usuris præstandis a tutore pecuniæ fœnori non positæ *d. L. 7. §. 11.* vero de usuris pecuniæ sine illis debitæ non exactæ. Sed melius, opinor, Cuiac. *5. Obs. 12. & de Div. temp. præscr. C. 13. ex Nov. 72. C. 6. in fin* ita: Primo anno sex menses dati fœnerandis pecuniis, sequentibus singulis duorum mensium induciæ redigendæ & rursus ponendæ, quod tantum temporis ad id necessarium videatur. Ideoque singulis annis duo menses immunes a præstandis usuris pupillaribus; & A. Fab *1. Iurispr. 12. Princ. 7. Ill.* Andr. Rauchbar *P. 2. Q. 26. n. 1.*

9) *Auth. novissime C. h. t* Covar. tamen *3. Var. Resol. 2. n. 1.* scribit teneri hodie tutorem pecuniam vel in emptionem prædiorum expendere, vel mercatori tradere ad partem honesti & liciti lucri recipiendam, iuxta mores regionis. Ideoque si frequens annuorum redditirum venditionis usus, non excusari, qui otiosam retinuit pecuniam, sed teneri ad id quod interest. Quin Rauchbar. *P. 2. Q. 26. n. 6.* hodie fere recessum a dispositione *d. Nov. 72.* & ad ius vetus reditum testatur. Sed H. Pist. *Lib. 1. 49. n. 20. & seqq.* non obscure agnoscere videtur, nec hodie necessitatem fœnerandi iniungi tutoribus. Quod si tamen steriles tutor nummos non esse voluerit, tametsi videri possit omne nonnunquam periculum ad eum pertinere etiam citra culpam contingens per *d. Nov. 72. C. 6. in fin.* & quia imputari possit ipsi cur ultro se in id periculum coniecerit, cum domi servare pecuniam licuerit; aliud tamen dicendum & distinguendum esse, ut *N. 6.* eo quod salva æstimatione vix fœnerationem prætermittere possit; nec suspicione vacet, quod nummos in suos ipse usus verterit. Vid. & Manzin. *Q. 3 Tertia Q. principalis n. 9.* Cuiac. *in Nov. 72.* Io. Bapt. Costa *de Facti scientia & ignor. Dist. 24. Cent. 1.* Fr. Munnoz. de Escobar *de Ratiocin. administr. Cap. 14.* Rusticum tutorem excusari quod nummos pupillares non fœneraverit, Renat. Chopp. *Lib. 1. de Privil. rust. P. 1. Cap. 5.*

administrationi priori coniunctæ & cohærentes ita sunt, ut videantur pars esse eius administrationis. Cuius generis caussæ sunt tres. Una est in curatoribus adolescenti petendis. Etiam hoc ad officium tutoris pertinet: adolescentem finita tutela monere, ut sibi curatorem petat, aut ipsi ultro petere: non qui aut petere, aut petitum sibi admittere cogatur, nam adolescentes inviti curatorem non accipiunt: *§. item inviti, Inst. de curat.* sed ut hac sive admonitione, sive petitione constare possit, tutorem in hac parte officio suo non defuisse. Placetque ad eam rem sufficere tutelæ iudicium, quasi connexum sit hoc officio tutelæ. *L. 5. §. si tutor, D. de adm. tut.*

XX. Ergo curatoribus petitis duobus temporibus officium tutoris finem accipit: & tunc præcipuè, cum curatores constituti sunt; & tunc quoque cum petente tutore per eum non stetit, sed per adolescentem, quominus curatores constituerentur, dum adolescens admittere detrectat. Sed utrumque dissimili effectu. Nam curatoribus constitutis non solum officium tutoris ita finem accipit, ut iam gerendæ rei periculum ad eum non pertineat, quod non pertinere constat: *L. ult. C. de peric. tutor.* sed & omnia negotia, etiam quæ a tutore inita erant, ad fidem curatorum pertinere incipiunt. *L. a tutoribus, 33. D. de adm. tut.* Quo significatur tutorem etiam eorum, quæ gerere cœperat, exsequendorum necessitate hoc casu liberari. At hoc posterius non item tribuitur ei, cum adolescentes finita tutela curatores non acceperunt. Quo tamen in genere non uno modo cœpti periculum ad tutorem post finitam tutelam pertinet. Alia enim caussa est litis cœptæ, alia cæterorum negotiorum a tutore inchoatorum. Liti cœptæ, sine ulla conditione adsistere iubentur tutores, qui necdum administrationem ad curatores transtulerunt. *L. unica, C. ut caus. post pub. ads. tut. L. tutor, 27. D. de app.* Nempe ideo, quod non est liberum litis cœptæ actionem omittere, quam adversarii instantia necessariam, aut cum periculo amissionis coniunctam facit: & quod tutor qui cœpit, melius scire potest, quid merita caussæ postulent. In cæteris negotiis cœptis ita demum in administratione quanvis connexa post puberem ætatem perseverare, & totius temporis administrationem præstare cogitur tutor, si finita tutela iisdem rebus se immiscuerit. Quod si se non immiscuit, sequentis temporis periculum non sustinet. *L. tutor post puberem, C. arb. tut.* Hoc dissimiliter atque in lite cœpta, quod cœpti persecutio in hoc genere non est necessaria: aut si adolescens putat necessariam, monitus curatorem accipiet, a quo non minus recte cœptum perfici potest.

C A P. X X.

Ex officio tutorum quæ eorum obligatio, quæ præstationes: & quæ harum obtinendarum caussa actiones cautionesve pupillo proditæ.

Tutor obligatur gesti & nec gesti nomine. I.
Gesti tenetur res pupillo quæsitas restituere, & dolum & culpam præstare de amissis. II.
Non gesti nomine damnum præstat quodcunque rebus pupilli accidit ex ipsius negligentia. III.
Tutor latam culpam præstat; secus negotiorum gestor. Quæ discriminis ratio. IV.
Actiones adversus tutorem adolescenti proditæ quatuor; & quæ illæ. V. VI.
Tutelæ actio præcipua; de hac ex parte explicata alia hic rursus quærenda. VII.
Immunitas a testatore data tutori non hunc liberat a tutelæ præstationibus; quæ verior ratio. VIII.
Tutelæ agi potest dumtaxat, ea finita. IX.
Et quidem adversus unum tutorem, si solus fuerit, vel solus gesserit, aut adversus omnes in solidum, si gesserunt simul. X.
Nisi hi divisionis, aut cessionis, aut tutelæ utilis actionis utantur beneficio. Quæ hic exceptio. XI.
Quid si nemo tutorum gesserit. XII.

I. Atque hoc officium tutorum est in tutelæ administratione. Ex hoc officio existit ea obligatio, qua tutor pupillo tenetur, quæ quid contineat, superest, videamus. Et de ea licet eadem præcepta propemodum agnoscere, quæ in superio-

periore administratione voluntaria esse diximus. Duplicem nimirum esse hanc obligationem, Unam gesti, alteram non gesti.

II. Gesti autem obligationem easdem illas præstationes habere duas. Unam de rebus quæsitis: alteram de his quæ male gerendo amissa sunt. Quidquid ex patrimonio pupilli, quidquid per occasionem eius administrationis quæsitum penes se habet tutor, id non sibi habet, sed pupillo, cuius negotium gerit. Itaque finita tutela reddere debet. Nam si etiam iubetur præstare, quod non habet, quia amiserit; *L. quidquid, C. arb. tut.* quanto magis si quid habet ex his negotiis, omne restituere cogitur? præsertim cum id retinere non possit sine aperto dolo; constet autem tutorem in universa administratione sua maxime omnium dolum præstare debere. *L. 1. D. de tut. & rat. dist. act. d. L. quidquid, C. arb. tut.* Denique hæc præstat, qui sponte ad aliena gerenda accessit, ut docuimus in voluntaria negotiorum administratione: *L. 2. D. de neg. gest.* quanto magis tutor, qui ideo datur pupillo, ut eum præcipua quadam cura & studio tueatur, ut & tutoris nomen? De male gestis certi iuris definitio est, si quid male gerendo amisit tutor, corrupitve in bonis pupilli & rebus ad administrationem tutelæ pertinentibus, id eum præstare debere, sive dolo malo eius acciderit, sive etiam culpa. *d. L. quidquid, C. arb. tut.* nec solum culpa levi, sed etiam, quia in faciendo sit, levissima. Semper enim factum suum quisque in damno dando præstare debet, cum fuerit in eius potestate non facere. Indicio est actio legis Aquiliæ, quæ de damno alii culpa dato ita proposita est, ut placeat in eam etiam culpam levissimam venire. *L. in lege, 44. D. ad leg. Aquil.* Esse autem hanc culpam, cum quod a diligente provideri potuit ante quam fieret, non esset provisum, *L. si putator, 31. D. eod.* Exemplo sint ex innumeris pecuniæ pupillares male collocatæ; puta si solvit tutor, quod pupillus non debehat; si prædia non idonea emit; si in pecuniis fœnerandis mala nomina [1] contraxit, debitores non idoneos secutus. *L. cum quæritur, 16. D. de adm. tut.* Quo tamen loco admonemur, si plura nomina a tutore contracta sint, ex quibus quædam sint bona, quædam mala, esse quidem in potestate adolescentis male contracta non admittere; sed hanc conditionem ei deferri, ut aut omnia agnoscat, aut ab omnibus recedat, quasi tutor sibi negotium gessisset. Hoc in *d. L. cum quæritur, 16 de adm. tut.*

III. Non gesti obligatio generalem hanc unam præstationem habet, ut quomodocumque negligentia tutoris factum sit, ut non habeat pupillus, quod habere potuisset, earum rerum omnium nomine teneatur tutor, ut damnum præstet. *L. 1. D. de tut. & rat. dist. act. d. L. quidquid, C. arb. tut.* Sive ergo tutor iam parta interire, aut deteriora fieri passus est; sive quæ acquiri poterant, non acquisiit; sive quæ incommoda lædebant patrimonium, non amovit; omnia in ea caussa sunt, ut quidquid in his damni factum erit, id tutor pupillo præstare debeat. Consulantur hic omnes eæ partes, in quibus versari officium tutoris supra diximus. Reperiemus in singulis periculum adiunctum esse, quod superiorem præstationem exigat ab eo, qui quid eorum, quæ facere debebat, omiserit. Unde probatio huius partis nullo negotio sumetur.

IV. Sed animadvertendum in hac parte, quod veteres de culpa tradiderunt, a tutore in his quæ gerere debuit, maiorem ab eo diligentiam non exigi, quam quantam suis rebus adhibere solet. *L. 1. in pr. D. de tut. act. L. a tutoribus, 33. in pr. D. de adm. tutor.* Quo significatur, si tantum adhibuerit pro suo captu, securum esse, etiam si in suis rebus negligentior fuerit. Atque ita fieri, ut nihil tutor præstare debeat, nisi eam negligentiam, quam in suis rebus non solet committere, id est latam. Atqui diximus eum, qui voluntate sua ad res alienas gerendas accessit, in his rebus exactissimam diligentiam præstare debere, ut quanvis ipse in suis rebus gerendis fuerit negligentior, non sit tamen excusatus, nisi eam diligentiam adhibuerit, quam diligentissimi patresfamilias solent. *S. 1. Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* Sane diximus, neque ideo hæc sunt contraria, sed utrumque optima ratione constitutum. Sic enim statui debet, quisquis alterius caussa quid gerit, æquissimum esse eum in eo negotio, quod suscepit, excusatum esse, si tantum præstet sedulo, quantum bona

[1]) Periculum nominum finita tutela quando ad tutorem vel pupillum spectet, & de intellectu *d. L. 16.* vid. Hartm. Pist. *Lib. 1. Q. 49. n. 15. & seqq.* ubi *n. 19.* Si a tutore debita diligentia præstita, nomina licet minus idonea agnoscere debere pupillum. Nec resistere *d. L. 16.* cum ibi hoc solum definiatur, an si quædam nomina sint quæ pupillus agnoscere non tenetur, ea periculo tutoris committere liceat, approbando nomina idonea. Quæ vero sint illa nomina, de eo nihil illic exprimi; aliunde petendum. Quin & *d. L. 16.* non loquitur de nominibus simpliciter malis, seu deperditis, sed male contractus, ubi culpa intervenit tutoris in credendo.

bona fide pro suo captu [2] potest: dum modo culpa sua ad id gerendum non accesserit. *L. quod Nerva, D. depos. L.* 1. §. *nunc videndum, D. commod.* Iam vero in tutela nulla culpa est tutoris ad tutelam gerendam accedentis, quanvis in ea negligentius versetur, dum consueta in suis rebus negligentia id faciat; gerere enim cogebatur. Quod contra fit in voluntaria rerum administratione. Et huc pertinere diximus regulam iuris, qua traditur, culpam esse immiscere se rei ad se non pertinenti. *L. culpa est, D. de reg. iur.* De cuius sententia plura illic ut in loco scripsimus. Atque hac ratione recte defenditur, etiam in his, quæ tutor non dico omisit, sed etiam fecit, non nisi latam culpam eum præstare debere; si quod fecit, tale fuit, ut ei nominatim iniungeretur. Quale est, si ex ea pecunia, quam in emptione prædiorum depositam habebat, iussus prædium emerit. Qua in specie placet, si tutor prædia comparaverit non idonea, dum neque per sordes, neque per gratiam id fecerit, sed quod per imperitiam non bonam conditionem elegerit, eum non teneri; denique solam latam negligentiam eum præstare in hac parte debere. Hoc in *L. tutor*, 7. §. 3 *competet, D. de adm. tut.*

V. Atque hæc obligatio est tutorum in rerum administratione; hæ in hac obligatione præstationes. Quarum obtinendarum caussa quatuor sunt sive remedia, sive actiones adolescenti proditæ: ex quibus duæ principales; duæ ad cautionem priorum accedunt. Principales sunt, quæ de re principali, seu de re, quæ in obligatione tutelæ versatur, competunt; ambæ in personam, ambæ ex quasi contractu, eoque & ad hunc locum proprie pertinentes. Una est communis, ad omnes præstationes superiores tutelæ pertinens, quæ per excellentiam dicitur actio tutelæ, dum significatur directa tutelæ actio: ut declaratur in §. *tutores, Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* quæ eadem solum rei persecutionem continet. Altera specialis ex lege duodecim tabularum, quæ dicitur nostris actio de rationibus distrahendis, ut *L.* 2. *D. de tut. & rat. distrab. act.* Alias actio rationibus distrahendis, eadem figura verborum, qua actio familiæ erciscundæ, actio communi dividendo, ut si dicas actionem ad rationes tutelæ distrahendas: quemadmodum illæ alteræ ita dicuntur, quod sint proditæ ad familiam erciscundam, ad commune dividendum. Sic nominatur hæc actio in inscriptione tituli, *de tut. & ration. distrab. act.* Competit autem solum de iis rebus, quas tutor ex patrimonio subtraxit, & est in duplum, ut in duplo simplum contineatur. Hæc in *d. L.* 2. in fin. *D. de tut. & rat. dist. act.* Commemoratur hæc actio paulo explicatius in *L. tres tutores*, 55. *D. de adm. tut.*

VI. Accessoriæ superiorum actiones duæ item sunt, pro numero videlicet proditæ earum cautionum, quæ idoneæ adolescenti iure tributæ sunt, dum id agitur, ut res ei quovis modo salva sit. Cautiones idoneæ hæ sunt, fideiussores, & pignora. Sed fideiussores in hanc rem tunc solum, cum tutores satisdederunt rem pupilli salvam fore: quæ satisdatio non ab omnibus tutoribus exigitur, ut suo loco diximus. Pignora autem semper; cum placeat iure pro officio administrationis omnia bona tutoris minori esse obligata, sive tutor gesserit, sive cum gerere deberet, non gesserit. *L. pro officio*, 20. *C. de adm. tut.* Hinc pupillo novæ actiones; adversus fideiussores quidem ex stipulatu: adversus autem pignorum possessores hypothecaria. Sed ita, ut & fideiussoria ista obligatio, & pignorum persecutio nihil hic admodum habeant, quod proprie servetur in tutela. Communibus præceptis ista continentur, quacumque ex caussa fideiussores, & cuiuscumque rei nomine pignora intervenerint. Ideo utraque hæc pars ad locum communem de fideiussoribus, & pignoribus ut suum remittenda est. Et tamen quia exstat tum in Pandectis, tum in Codice Titulus *de fideiussoribus tutorum*, is non inutiliter a nobis hoc loco consuletur.

VII. Solum propria est huius administrationis actio tutelæ, quæ est de principali obligatione, de qua ante disseruimus, quam eamdem dicimus ex quasi contractu nasci. De ea actione quædam nota sunt, utpote a nobis iam ante exposita; quæ-

2) Et quod levissimam culpam non præstet, P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. P.* 14. Delrio *ibid. C.* 13. & Bocer. *C.* 4. *n.* 11. Nec obstat *L.* 4. *C. de peric. tut.* ubi casus fortuitos non imputari habetur. Omnis igitur culpa imputabitur. Nam non est, ait P. Faber, rescriptum integrum, sed una totius rescripti portiuncula. Nec argumenta ista, in LL. Cod. ad quæsita & hypotheses rescriptis, admittenda. Dissent. Cuiac. *ad d. L.* 23. Hot. *in* §. *suspectus* 6. *I. de susp. tut.*

3) Ubi specialem casum proponi vult Delrio *d. C.* 13. *p.* 219. per verba *in hac parte*, quia in prædiis comparandis etiam idonei patresfamilias facile falli soleant. Sane noster Donellus secum in hoc capite pugnare videtur, dum *supra n.* 1. exemplum levissimæ culpæ præstandæ ponit in prædiis non idoneis comparatis. Sed forte illic sensit de emptione facta citra necessitatem iure impositam.

quædam eiuſmodi, quæ ut ſunt propria huius actionis, ita præcipua commonefactione indigent. Priora illa ſunt, Cui detur directa actio tutelæ, & Quibus de rebus, ſeu quid in eam actionem veniat: Nos & competere ei, cuius tutela geſta eſt, aut geri debuit; & eſſe de his præſtationibus, quæ in obligatione tutelæ verſantur, ſatis diximus.

VIII. Illud hoc loco addendum, nec ſi teſtator iuſſerit tutorem immunem eſſe a rationibus reddendis, ea re de obligatione & præſtationibus ſuperioribus quidquam imminui; quod propria ratione defenditur in *L. 5. §.* [4] *Iulianus, D. de adm. tutor.* Certior ratio eſt hæc, quæ ex aliis locis ſumitur. Nam ſi teſtator nihilominus bonam fidem præſtari voluit a tutore, eadem obligatio manet tutorem. Sin teſtator tutori bonam fidem remittere voluit, nihil agit; quia iſto modo præceptum invitat ad delinquendum, impunitate ſcilicet improbæ adminiſtrationis propoſita. Quod genus præcepta, cautiones, pacta, tanquam turpia, & bonis moribus contraria ſine exceptione improbantur, *L. illud, D. de pact. dot. L. ſi unus, §. pacta, D. de pact.* Qua ratione conſtitit, nulla pactione effici poſſe, ne dolus malus præſtetur, *d. L. ſi unus, §. illud, D de pact.*

IX. Reliqua duo ſunt. De quibus cognoſcamus. Quando detur hæc actio. Et ſi plures tutores dati fuerint, adverſus quos, & quatenus. Et actionis tutelæ proprium hoc eſt præter cæteras, quæ ex rerum adminiſtratione oriuntur, ut quanvis multa & varia fecerit, vel omiſerit tutor, quamobrem tutelæ nomine obligetur pupillo, tamen de his hac actione niſi finita tutela agi non [5] poſſit: *L. 4. D. de tut. & ratio. diſt. act.* Ius, inquam, ita tutelæ actionis proprium, ut nec ad neceſſariam euræ adminiſtrationem pertineat. Nam cum curatore pupilli vel adoleſcentis agi poteſt, etſi adhuc cura perſeveret. *L. ſi cum adhuc, 16. in fi. D. de tut. & rat. diſt. act. L. cum curatore 16. D. de adm. tut.* Differentiæ ratio in curatoribus paulo poſt exponetur.

X. Hanc actionem adverſus tutores dari conſtat. *d. §. tutores, Inſt. de obl. quæ ex quaſ. contr. naſc.* Si unus fuit, expeditum eſt, quis, & quantum periculi ſuſtineat, qui univerſo patrimonio datus eſt. *§. datus, Inſt. de exc. tut.* Si plures dati ſint, incidunt hæ quæſtiones. teneanturne unus, an omnes, pluresve; & ſi plures, quatenus ſinguli teneantur. In quo hæc diſtinctio tenenda eſt. Si unus ex pluribus geſſit, cæteri non geſſerunt: ſemper primo loco convenitur, qui geſſit; nec unquam ad eos, qui non geſſerunt, prius pervenitur, quam convento eo qui geſſit, & fideiuſſoribus eius, ſi quos dederit, compertum ſit eos non eſſe ſolvendo. [6] *L. ult. C. de divid. tut. L. tutores, 39. §. in eum, D. de adm. tut.* Quod ſi omnes pariter geſſerunt, ſinguli ipſo quidem iure in ſolidum tenentur; in quam ſententiam accipi oportet *L. 2.* in fin. *C. de divi. tut. L. cum interdictæ* in fin. *C. arb. tut.*

XI. Sed & ex æquo & bono ius temperatum eſt, & hæc beneficia tria ſingulis tributa, Unum diviſionis, Alterum ceſſionis, Tertium actionis in factum etiam non ceſſæ. Sunt autem hæc beneficia huiuſmodi. Si cum conveniuntur, ſeu tempore litis eum uno conteſtatæ omnes [7] ſolvendo ſint, utuntur beneficio fideiuſſorum, ut deſiderantibus ipſis dividatur actio inter eos; ſi qui autem non ſint ſolvendo, hoc cæteros onerent, Quod ſi unus

4) ἀνεκλογίστευ, ut Pandectæ Florentini, non analogiſta, ut vulgati libri habent teſte Pio Anton. Bartolino *Auctar. Ca* 43. qui mavult *logiſtas*. Valet tamen remiſſio rationum reddendarum ad hoc ut culpæ nomine conveniri nequeat. Modus enim exigendis rationibus adhibitus cenſetur, & remiſſa culpæ ſcrupuloſa inquiſitio. arg. *L. 119. de leg. 1.* Moller 1. *Semeſtr. 39. n.* 8. Zoanet. *Rer. Quotid. C.* 32. *n.* 1. & A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 12. *Princ.* 7. *Ill.* 5. Eodemque modo accipiendum legatum damni, quod quis ex tutela ſenſerit relictum *d. L. 5. §. 7. in fi.* nec aſſentiendum Ant. Fab. *d. lo.* putanti & id damnum contineri quod doli ratione in condemnationem tutelæ alias venire debet, quia hic nulla doli expreſſa mentio fit. Ergo per *L. 195. de R. I.* & quia legati effectus ad præteritum dolum, qui remitti poteſt, pertineat. Qua enim fronte negabitur hac ratione non æque viam fraudibus aperiri, aut qui magis tacita pactio doli remittendi valebit quam expreſſa, vid. *Lib.* 16. *C.* 6. Sit ſane dolus præteritus tempore quo dies legati cedit, at non tempore agniti legati, aut quo notitiam habere cœpit legatarius; idemque tutor libere ſibi & impune, poſita Fabri ſententia, in res pupilli graſſari licere putabit. Quæſtio, num rationum redditio eo iſpo remiſſa, quod inventarium conſcribi vetuit teſtator? Moller. *d. C. 39. n.* 7. negativam quidem crebriorem, ſed affirmativam opinionem ſibi veriorem videri ſcribit, quia rationes reddi nequeant, ſine inventario, earum capite ac fundamento. Verum cum eodem *C. n.* 10. tradat ipſe Mollerus illa prohibitione ſolemnia remiſſa cenſeri, non vero ipſam deſcriptionem rerum privatim adhibitis amicis & cognatis, vid. *C. prac. N.* 1. inde liquet hoc fundamentum eſſe arenoſum. De rationum redditione generatim, quæque in ea obſervanda vid. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 20. Menoch *arb. Caſ.* 209. Fr. Munnoz. de Eſcobar *de Ratiocin. adminiſtr.* ubi C. 3. & paſſim de ea, cui tutores obnoxii, de qua fuſe I. Gutierez. *de Tutel. & cur. P.* 3. *C.* 3.

5) Obſtat *L. 4. C. de reb. cred.* Reſp. Sed ibi tutor anaphorice qui fuit, ſcilicet finita tutela in pupiliari ætate vel adiecti temporis, conditioniſve eventu, vel ſuſpecti remotione. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 14 & Setſer. *Lib. 4. de Iuram. C. 2. n.* 27. Iure Saxonico ſingulis annis tutores rationes reddere coguntur. Moller. 1. *Semeſtr. 39. n.* 1. Heig. *d. Q.* 20. *n.* 42.

6) De ordinis beneficio quatenus eo uti poſſint tutores vid. Gutierez. *P. 1. de Tutel C.* 15. *n.* 10. & 5. *ſeqq.* P. Greg. 13. *Synt.* 10. *n.* 12. fuſe Hartm. Piſt. *Lib.* 1. *Q.* 6.

7) Vid. Gutierez. *d. C.* 15. *n.* 16. & *ſeqq.* P. Greg. *d C.* 10. *n.* 13. Probandum autem opponenti hanc exceptionem reliquos eſſe ſolvendo. H. Piſt. *d. Q.* 6. *n.* 14.

nus contempta hac divisione ultro solidum solvere paratus sit, iure prius postulat a pupillo, ut sibi [8] cedat actionem tutelæ adversus cæteros contutores. Si ne hoc quidem postulat, aut petitum non impetrat, tamen placet ei, qui solidum solvit, ultro utilem tutelæ actionem dari quanvis [9] non cessam adversus contutores. Exstat hæc distinctio in *L.* 1. *§. nunc tractemus*, *D. de tut. & rat. dist. act.* Excipitur ibidem, si quid communi dolo gestum sit a tutoribus: idque hac ratione, quod cum in eo singuli proprii delicti pœnam subeant, indignum sit eos quidquam consequi eo nomine a cæteris doli participibus: præsertim cum nulla sit societas maleficiorum, nec communicatio iusta damni ex maleficio.

XII. Quod si nemo totum gessit, hic duo sunt cum superioribus communia, duo discrepant. Communia hæc, quod hi omnes iure ipso in solidum tenentur; *L. tres tutores*, 55. *D. de adm. tut.* & tamen nihilominus divisionis beneficio uti, si quo tempore conveniuntur, omnes solvendo sint. *L. si plures*, 38. *D. eod.* Discrepat cessio actionis, & actio utilis non cessa.

8) Gutierez, *d. C.* 15. *n.* 28. *& seqq.* P. Greg. *d. C.* 10. *n.* 14. A. Fab. 1. *Iurispr.* 21. *Pr.* 8. *Ill.* 18.

9) Nec ideo supervacuum remedium cedendarum actionum, quia exceſſione transfertur exercitium directarum actionum, Gutierez. *d. C.* 15. *n.* 30. *& seq.* Estque speciale in hoc casu favore pupilli. Nec in fideiussoribus, uno solvente, huic remedio locus *L.* 21. *C. de fidei.* ubi Don. *n.* 2.

C A P. XXI.

De contraria tutelæ actione.

Pupillus tutori obligatur de eo quod ipsi abest, aut obfuturum est tutelæ caussa; & quale utrumque. I. *Obligatio ista ex quasi contractu, & pupilli bono introducta.* II. *Ex ea contraria tutelæ actio. Quid hæc contineat.* III. *Munus tutelæ gratuitum.* IV.

I. NUnc de obligatione pupillorum mutua, deque [1] contraria & utili tutelæ actione, quæ hinc nascitur, paucis transfigam. De qua hæc iuris summa est. Etiam pupillum cuius tutela gesta est, tutoribus suis vice mutua obligari. *§. tutores*, *Inst. de obl. quæ quasi ex contr.* *L.* 1. in pr. *D. de contr. & util. tut. act.* Obligari autem hoc nomine sive quid tutori eo nomine utiliter gestum abest, sive quid postea absuturum est. Abest, ut si quid in rem pupilli impenderit, aut si rem suam pro pupillo obligarit. Absuturum est, ut si pro pupillo fuerit obligatus. *d. §. tutores*, *Inst. de obl. quæ ex quasi contr.* *L.* 3. *§.* 1. *D. de contr. act. tut.* Et sufficit in hac re tutori bene & diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum [2] habuit, quod gestum est. *d. L.* 3. *§. sufficit*.

II. Obligationem, cum neque ex consensu sit, & procul absit a maleficio, aperte neque ex contractu esse, neque ex maleficio; ideo recte dici ex quasi contractu esse. *d. §. tutores*. Neque iniquum adversus pupillos non consentientes, sæpe etiam invitos constitui. Non enim obligationem in hac specie consensus facit, sed res ipsa, id est utilitas pupillorum interveniens, quæ & sine consensu eadem sit futura. *L. furiosus*, 46. *D. de contr. act. tut.* Ulpianus inducendæ huius obligationis hanc rationem reddit, quod diceret ideo factum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. *L.* 1. in pr. *D. de contr. act. tut.* Hæc prima ratio fuit huius inductionis, cui si quis obiiciet iniquitatem propter dissensum, ratio prior hanc obiectionem discutiet.

III. Hinc actionem constitutam tutelæ contrariam. Cuius eam vim esse apparet, ut non solum possit conventus tutor reputare vicissim, quod in rem pupilli impendit, sed etiam omissa compensatione ultro sumptus a se factos petere: dummodo prius compensatio non sit ab eo oppo-

1) De hac actione fusius A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Pr.* 9. *Ill.* 19. *&* 10. *seqq.* P. Greg. 13. *Synt.* 11.

2) In quo differt a negotiorum gestorum actione contraria. Etsi enim in ea idem sit, si contra alium exerceatur, non tamen si contra pupillum; sed præcise requiritur ut sit locupletior, A. Fab. *d. Ill.* 49. vid. *supra C.* 16. *N.* 2. Ac si pro pupillo se obligavit, agit ut liberetur, *L. ult. de b. t.* de quo vid. Cuiac. 26. *Obs.* 19. Ant. Fab. *d. Pr.* 8. *Ill.* 22.

opposita in iudicio tutelæ, & compensatio eius repudiata. *L.* 1. §. *præterea, D. de contr. tut. act.* Sed actioni huic idem præstitutum tempus, quod directæ tutelæ actioni, ut ne hæc quidem tutori prius competat, quam finita tutela: quandiu autem hæc durat, non competat. *L.* 1. §. *finito, de contr. tut. act.*.

IV. Illud diligenter tenendum, non latius patere obligationem, qua tenetur pupillus tutoribus, quam ut præstet, si quid illi in rem eius impenderint. Itaque salarium ullum pro opera administrationis non petent, nec debetur, nisi sit ab eo, qui tutores dedit, 3 constitutum. *L. a tutoribus*, 33. §. *ultim. D. de adminisl. tutel.* Sic enim est tutela munus publicum, ut tutores in eo cum gratuitam, tum integram & abstinentem omni lucro præstare fidem debeant. *L. qui sine*, 38. vers. *sed istius, D. de negot. gest.* Qua ratione nec sumptuum qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet. *d. L. a tutoribus*, 33. §. *ultim. de adminisl. tutel.* Sane si proponas propter administrationem rerum pupillarium coactum tutorem iter longius instituere, sumptus in id iter factos pupillo imputabit; apparet enim iter susceptum in rem pupilli: sed hactenus imputabit, ut semper deducantur ordinarii sumptus, quos tutor fecisset, si mansisset domi. Nam hi hactenus in ipsos tutores fiunt, non in tutelam. Quod genus iam ante diximus in restitutionem non venire. *d. L. a tutoribus*, 33. §. *ult.*

3) Vid. Io. Gutierez. *de Tutel. P.* 3. *C.* 2. Iure Hispanorum tutoribus pro administrationis onere decima pars fructuum cedit, de quo fusissime Gutierez. *P.* 3. tota. Iniquior quorundam Galliæ locorum consuetudo, qua omnes fructus nobilium pupillorum percipiunt.

C A P. XXII.

De curatorum officio in curæ administratione, atque hinc de periculo eorum, tum obligatione: deque contraria eorum actione adversus eos quorum curam gesserunt.

Omnia fere de tutoribus constituta ad curatores pertinere. I.
Ideoque unam utriusque gerendi necessitatem. II.
Unum, idemque officium, & ex eo periculum. III.
Unam eademque mutuam utrisque obligationem & præstationes incumbere. IV.
Differre curatores a tutoribus in actione & in tempore agendi, & quatenus in utroque. V.

I. Quæ tutorum & pupillorum mutuæ obligationes sunt in tutela, eadem sunt inter curatorem, & eos qui curæ eius commissi sunt in curatione. Genere usque adeo simili, ut mutatis personis dici possit plane idem. Quod cum ita sit, non parvo labore percipiendi ea, quæ huc pertineant, defuncti sumus: cum uno verbo ita semel statui debeat, quæ de tutorum obligatione & eorum mutua actione diximus, eadem omnia & in persona curatorum vice mutua intelligi oportere. In quo tamen ne laboretur, paucis agam. Iam primum generalis hæc sententia apud omnes iuris auctores constanter recepta est. Quæ de tutoribus aliquibus legibus constituta sunt, aut responsis prudentium comprehensa, ea omnia & coniunctim de curatoribus tanquam dicta & constituta accipi debere. *L. qui neque*, 8. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt. L.* 4. §. *quæ in tutore, D. de dol. mal. exc.*

II. Sed res fiet certior, si partibus administrationis propositis, congruere singulas in eamdem istam sententiam reperietur. Quod & paucis demonstremus. Administrationis in tutela hæ partes sunt, quas executi sumus, Necessitas rei gerendæ, Officium in ea administratione, Periculum & obligatio eo officio aut læso, aut neglecto. Necessitas administrationis quæritur? Hæc eadem in curatoribus, quæ in tutoribus. Nam & tutela & cura, utrumque pariter munus publicum est, quod sine iusta excusatione detrectari non potest. *Inst. de excus. tut.* in pr. Itaque si plures curatores dati sint, una est & in his eademque gerendi necessitas; præterquam si inter eos divisa sit administratio. Dividendi ratio, & in divisionis potestate ius idem quod in tutoribus: ideo & coniun-

coniunctim atque in commune hic de utroque constitutum. *L. 2. C. de divid. tut.* Versaturque hæc necessitas non tantum in ipsa rerum administratione, sed etiam in his, quæ antecedunt: qualis est inventarii confectio; hac una eademque constitutione communi pariter iniungitur ut tutoribus ita & curatoribus. *L. tutores. C. de adm. tut.*

III. Officium quæritur in administratione? Quod tutorum est in tutela, idem est & curatorum in curatione. *L. pro officio. C. de adm. tut.* Hinc periculum idem curatoribus iuxta atque tutoribus. De quo & præcipitur communi titulo *C. de pericu. tut. & curat.* Hinc quæ constitutiones certarum rerum alienationem iniungunt tutoribus, aliarum inhibent, hæ ita scriptæ sunt, ut pariter & ad curatores pertineant. *L. lex quæ. L. ult. §. ultim. C. de adminiſt. tut.*

IV. Quod reliquum est, ipsa obligatio una & eadem tutorum & curatorum, id continens, ut quidquid tutoris, curatorisve dolo vel culpa etiam levi factum sit, quo quid minores amitterent, aut cum possent, non acquirerent, id ambo minoribus pariter præstent: tantum ut diligentia in rebus gerendis non maior ab his exigatur, quam quantam suis rebus solent adhibere. *L. quidquid, C. arbit. tutel. L. a tutoribus* 33. in pr. *D. de administrat. tutel.* Etiam in contraria negotiorum gestorum actione, quæ curatoribus est adversus homines curæ suæ commissos, eadem isti patiuntur, quæ & pupilli a tutoribus. *L. 2. D. de neg. geſt.*

V. Sed cum cætera sint curatoribus cum tutoribus consimilia, duo discrepant; actio ex quasi contractu, & agendi tempus. Ex tutelæ administratione est actio certa, & verbis iuris prodita, quæ & dicitur tutelæ directæ, *§. tutores. Institut. de obl. quæ ex quaſ. contr. D. de tutel. & ration. diſtrah. action.* Ex curatione autem est adversus curatorem communis tantum [1] negotiorum gestorum, sed utilis, *d. L. quidquid, C. arb. tut. L. curatoris, C. de neg. geſt.* Sed hæc differentia in verbo est: ipsa actionis vis & potestas est eadem. *L. act. 47. D. de neg. geſt.* Tempus agendi ita distat. Nam tutelæ nomine & directa & contraria actione nisi finita tutela agi non potest: sive totius tutelæ ratio reposcatur, sive de una tantum specie damni dati agatur. *L. 4. D. de tutel. & rat. diſtrah. action.* Cum curatore autem pupilli sive adolescentis agi potest, etsi usque adhuc cura perseveret. *L. ſi cum adhuc, §. 1. D. eod. L. cum curatore, 26. D. de admin. tut.* Quid caussæ esse putemus, nisi quod tutor personæ addicitur, [2] curator rebus? *§. certæ. Inſt. qui test. tut. dat. poſ. §. item inviti. Inſt. de curat.* Sic enim fit, ut tutor suscepta pupilli persona, nec pati ab eo actionem, nec ei inferre possit nisi deposita hac ipsa persona; contra ubi res certa modum administrationi facit, ut in curatoribus accidit, ibi necesse est evenire, ut prout quæque res finita fuerit, eatenus etiam eius administratio finiatur. Quod tamen dicimus etiam perseverante cura cum curatore agi posse, sic accipiendum est, si de specie una aliqua iam trans-

1) Quod forte admittendum ubi unius gestionis specialis, non certe ubi totius curæ ratio reposcitur. Tametsi Coiac 17. *Obſ.* 7. velit & tum dari generalem negotiorum gestorum actionem. Et hoc ipso hæc iudicia distare, quod tutelæ semper generale; negotiorum gestorum etiam speciale & de uno negocio curationis esse possit. Wes. *in Par. de tut. & rat. diſtr.* actionem tutelæ utilem dari vult contra curatorem, cum qua concurrat actio negotiorum gestorum, & actionem utilem ad exemplum tutelæ competere P. Greg 13. *Synt.* 10. *n.* 4. Mihi vero videtur contra curatorem, quoties universali iudicio de totius curæ gestione convenitur, esse actionem curatelæ directam, eandemque contrariam curatori contra minorem. Nec cum utraque vel alterutra concurrere actionem negotiorum gestorum quæ iudicium speciale & particulare. Quo moveor (1 regula generali *d. L.* 8. §. 1. *& simil.* Quare directa actio curatelæ curatori & in eum datur, non utilis, quia & directa est, quæ ex sententia legis *L 6. §. 1. de V. S.* (2 per *L. 3. §. 2. de contr. tut. act.* ubi curatori datur contraria tutelæ actio, eademque directa non utilis, cum non alia sit quam quæ tutori. (3) per *L. 3. C arb. tut.* ubi contra curatorem iudicium tutelæ, utique directum, quia nec vox *utilis* adiecta nec similia verba, *& exemplum, exemplo eius actionis ad instar. &c.* quibus utilis actio denotari solet. Vocatur autem *tutela* quia ut leges tutoris appellatione sæpe comprehendunt curatorem, ita & tutelæ curam. (4) Actio Protutelæ quæ a negotiorum gestorum actione distincta *L. 1. §. 6. de eo qui pro tut.* datur etiam procuratori & contra eum, *Auth. d. tit.* Quod si in eo ordinaria ac directa actio, quanto magis in vero curatore, ne plus tribuatur fictitio curatori. Plus enim est aliquanto habere actionem directam, quæ ordinaria *L. 12. de Reig.* quam utilem. (5) Maior cognatio est curæ cum tutela, quam cum neg gest. voluntaria. (6) Facit *L. 12 C. de her. tut.* ubi datur contra heredes curatoris ob administrationem omissam & non gestum utile iudicium. Ergo ex gesto directum, per *L. 4. §. 3. Rem pup. sal. fore.* (7) Actionem negotiorum gestorum voluntariæ administrationis propriam esse vult ipse Don. *ut supra* C. 15. *N.* 7 8 In quibusdam discrepat negotiorum gestorum actio ab actione tutelæ in effectu. Ut quod contra pupillum non datur nisi is locupletior, quod in eam venit etiam levissima culpa. Quid igitur si curator pupillo, casibus certis datus utiliter gesserit, sed gestum successu caruerit &c. Non obstat *d. L. 17. C. de neg. geſt.* Nam ibi heredes conveniuntur ex propria gestione post finitam curam. Putarunt enim officium administrationis adhuc durare & ad se spectare, ut verba ipsa arguunt. Iunge *L. 6. C. d. t.* Sic *d. L. 7. C. arb. tut.* ita exponenda in *negotiorum gestorum iudicium* quando scilicet de unius negocii damno agitur, ubi iudicio tutelæ generali seu universali, per illius naturam, locus esse nequit, &c.

2) Cuiac. 17. *Obſ.* 7. Ratio potestatis, ait, hanc differentiam facit, quam tutor in pupilli caput habet, non curator. Quia nec ulla alia actio est pupillo in tutorem, ex caussa quæ cœpit tutelæ tempore *L. 10. de tut. & rat. diſtr.*

transacta & finita agatur. Diversum est, si totius curæ ratio 3 reposcatur, priusquam finita sit tota. *L. 2. L. ratione, 14. C. de adm. tut.*

3) Quia & hic rationi quæ in *L. 9. §. 4. de tut. & rat. distr.* locus. Quin nec si ultro rationes antea reddat, curationis oneribus ac periculis defungitur, Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 12. n. 4.

CAP. XXIII.

De mista rerum alienarum tractatione, & obligatione inde nata.

Mista rerum alienarum tractatio quæ: & inter quos locum habeat. I.
Communio rerum, eiusque obligatio duo continet; & quæ. II.
Obligatio hæc ex quasi contractu, eadem voluntaria partim, partim necessaria. III.
Divisio rerum quo iudicio inter coheredes, & quatenus instituenda; & an plurium hereditatum possit unicum fumi iudicium. IV.
Præstationes ad commoda communicanda, vel etiam incommoda pertinent. V.
Quæ id genus commoda, & quæ secus. Utraque quo iudicio, petantur. VI.
Item incommoda quæ, & quatenus in communionem veniant, aut secus. VII.

I. Sunt igitur rerum alienarum tractationis hæc genera prima duo, de quibus diximus, voluntaria & necessaria. Est & tertium genus quod proposuimus tractationis eius, quam mistam appellamus: Cui locus est inter eos, inter quos alicuius rei communio constituta est, vel hereditatis inter heredes, vel rerum singularum inter socios, & eos qui confines agros habent.

II. Hæc communio duarum rerum obligationem parit: nam & socium ad suscipiendum rei communis divisionem obligat, & in communione manentem quibusdam præstationibus ad eam communionem pertinentibus implicat. Ita omnis hæc obligatio duas partes habet: quarum una pertinet ad divisionem corporum; altera ad superiorum præstationum communicationem inter socios. Idque est quod dicitur in *L. item Labeo, §. familiæ, D. fam. erc.* familiæ erciscundæ iudicium duas caussas continere: rerum di[visionem], & præstationes quasdam personales.

III. Harum partium obligationis caussa quæritur. Et suscipiendæ divisionis necessariæ causa una est rei communio. Ne quis enim hic putet actionem in rem esse, qua de divisione rei experiamur, tanquam rem nostram petituri: non enim hic petimus tantum eam partem quæ nostra fuit, sed etiam quæ aliena: sæpe etiam consequimur, ut res totæ nobis adiudicentur, quæ prius in solidum nostræ non fuerunt. Est igitur sine dubio hæc actio in personam, cum alioqui genera non sint plura, quam hæc duo, in rem, & in personam. Quod si in personam est, utique est ex obligatione, qua socius cum quo agitur, nobis obligatur. *L. actionum, D. de obl. & act.* Unde ergo, inquam, hæc obligatio? & cum non sit ex contractu, multo minus ex maleficio, aut quasi maleficio, restat ut ex quasi contractu esse intelligatur. Et est omnino. Hic quasi contractus est factum socii, communionem susceptam retinentis. Huic communioni iure publico hoc onus imponitur, ut cogatur is, cum quo rem communem habemus, nobis postulantibus discedere a communione. Id quod docet recepta sententia apud veteres, qua traditur, neminem compelli ad communionem vel suscipiendam, vel susceptam retinendam. *L. si non fortem, §. si centum, D. de cond. ind.* Itaque si quis ad hanc divisionem compelli non vult, necesse est ad eam vitandam, aut communionem omittat, aut divisionem iudicis provocatus suscipiat. Atque hinc apparet hac parte obligationem esse partim voluntariam, partim necessariam. Voluntaria est, si quis rei communis partem alienet; sic enim alienando facit, ut non sit illi amplius res communis. Iudiciis divisoriis locus non est cum iis, qui suas partes communes habere desierunt. *L. familiæ, C. fam. erc.* Rursum hæc obligatio necessaria est, si quis manet in communione. Nec aliam caussam præstationis habent præstationes illæ personales, de quibus diximus, quam hanc ipsam communionem; quam dum socii retinere volunt, necesse habent multa facere & pati ad eam communionem necessaria, quæ tunc depo-

deponunt cum a communione discessum fuerit. Quod melius ex iis quæ de iis præstationibus dicentur, intelligetur postea.

IV. Sed quæ pars ad divisionem rerum communium spectat non iisdem legibus continetur, quibus personales præstationes. Licet ad divisionem rerum communium provocare, sed iis conditionibus, dum agatur inter eas personas, inter quas ea communio est; dum agatur de iis rebus dividendis quas dividi oportet, & postuletur ea divisio quam ius præscribit, de quibus potissimum in iudicio in hereditate communi laboratur, id est in iudicio familiæ ercifcundæ, de quibus paucis dicere incipiam. Principio solus iudicio familiæ ercifcundæ recte agit heres cum heredibus; nec refert possideat heres hereditatem, an non possideat, sive is qui agit, sive is cum quo agitur. *L.* 1. *L. heredes*, *§. quantum*, *D. fam. erc.* Quid si is qui agit negetur esse heres? Exstat hac de re Caii distinctio in *L.* 1. *D. fam. erc.* quam hic servari oportebit. Quid si qui egit heres non sit? finge post iudicium acceptum id ei obiici & constare. Id iuris futurum est, quod de eo cum quo agitur mox dicturi sumus. Ergo ut heredi hoc iudicium competit; ita & competit in coheredes. *L.* 3. *C. fam. erc.* Finge quod modo quærebamus cum eo actum esse qui heres existimabatur, re non erat; relinquitur ut quisquis heres non sit, cum quo iudicium hoc acceptum est, nec iudicium fuisse intelligatur. *L. cum putarem*, 36. *D. fam. erc.* Itaque nec re integra adiudicari ei quidquam oportet, aut adversarius ei condemnandus est. *L.* 1. in fin. *D. eod.* Nec si sententia condemnationes aut adiudicationes in personam eius factæ sint, nulla sit eo nomine iudicati actio. Plane si is qui condemnatus erat, aut rem tradiderit, aut ei solverit, non repetet, ut Paulus probat in *d. L. cum putarem*, *D. eod.* quod dicat etsi non sit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficere quod is se putat condemnatum. Dum de hereditate communi inter coheredes agatur, ad iudicium familiæ ercifcundæ suscipiendum abunde satis est, sive de una tantum dividenda hereditate agatur, sive de pluribus inter ipsos communibus; denique si plures sint hereditates inter eosdem ex diversis caussis communes, potest nihilominus de omnibus unum iudicium familiæ ercifcundæ sumi; neque necesse est de unaquaque hereditate separatim agi, quotcumque enim sunt hereditates perinde habentur, ac si una esset hereditas, quæ totidem ex rebus constaret, & heredes ex omnium divisione tantumdem consequantur, quantum si separatim divisi essent. *L. heredes*, 25. *§. de pluribus*, *D. fam. erc.* Quæ res facit, ut neque pluribus interpellationibus opus sit, sed una, *argum. L. non potest. D. de iud.* neque iudices adire necesse sit: & si forte res uni ex hereditate adiudicatæ sint, liceat alii coheredi vice mutua quæ tantundem valeant ex alia hereditate adiudicare quasi de una hereditate iudicium esset. Neque hoc iniuriosum videatur non tantum ex unaquaque hereditate unum ferre, quantum alter, cum sint iure & caussis separatæ. Esset iniuriosum, si in hereditate dividenda species rerum & corpora spectaremus, non æstimationem: æstimationem vero & quantitatem spectamus. Ut si rebus æstimatis ad eandem quantitatem omnes ferant, officio iudicis sit satisfactum. Hoc posito, eveniet, quod prima fronte mirum videatur, ut cum aliquo familiæ ercifcundæ iudicium interdum instituatur, de ea hereditate quæ non sit cum illo communis: quod ita fiet, si mihi cum Primo duæ hereditates sint communes Titiana & Seiana, ex quibus una, puta Seiana mihi cum eodem Primo & Secundo sit communis; poterit enim de utraque unum iudicium inter nos tres accipi, ut Paulus tradit in *L. heredes*, 25. *§. si inter*, *D. eod.* quanvis verum sit Titianam hereditatem ad Secundum nihil pertinere. Sed hoc priore illo admisso consequens est. Nemo enim negaverit inter me & Primum de Titiana & Seiana recte agi, nemo recte agi de Seiana inter me & Primum & Secundum, quando hæc inter nos tres communis est. Quo fit, ut de utraque inter nos recte agatur. Itaque si fingas nos omnes ex æquis partibus heredes factos esse, quoniam separatim Titiana inter me & Primum in duas partes divideretur, Seiana inter me, Primum & Secundum in tres, nunc uno iudicio de utraque suscepto quinque partes fient, ex quibus unam Secundus, ego, & Primus singuli duas auferemus. Sed ita de pluribus hereditatibus unum iudicium sumi potest, ut liceat & de una dumtaxat iudicio experiri. *d. L. heredes*, 25. *§. item si plures*, *D. eod.* Sciendum iudicio familiæ ercifcundæ tandiu agi posse, quandiu vel tantillum ex hereditate commune erit, sed cum hac exceptione, dum prius eodem iudicio actum non fuerit. *L.* 1. *C. eod.* Quod si iam ante actum sit, utemur Ulpiani regula, familiæ ercifcundæ iudicio amplius quam semel agi non posse

posse, nisi caussa cognita, si quædam res indivisæ relictæ sint communi dividundo de iis agi posse, *L. si filiæ*, 20. *§. familiæ*, *D. eod.*

V. Altera pars obligationis horum iudiciorum propriæ pertinet, ut diximus, ad personales quasdam præstationes, quæ ex communione nascuntur: hæ præstationes versantur in commodis & incommodis ad communionem pertinentibus.

VI. De commodis agitur cum eo ex sociis ad quem ex iis commodis aliqua pervenerunt, ut quæsita cum cæteris sociis communicet pro competente parte. Commoda hæc sunt res communes, quæ ad unum aliquem ex sociis pervenerunt, & fructus ex rebus communibus ab uno percepti. Hæc sic ad communionem pertinent, ut non possit quis partem rei suæ obtinere, quin obtineat & partem sociorum. Nec possit ex re communi fructus percipere, quin ex sua parte percipiendo, simul percipiat ex reliquis partibus, propter illarum partis indivisam communionem; quam ob caussam & de iis communicandis hæc iudicia sunt, familiæ erciscundæ, & communi dividundo. *§. item si inter*, *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* *§. si familiæ*, *Inst. de off. iud.* *L.* 3. *C. fam. erc.* Non sunt in eadem caussa eæ partes, quæ divisæ ad socios pertinuerunt, quas unus ad se transtulit. Ut si unus ex duobus heredibus pecuniam defuncto debitam exegerit: tenetur hic quidem ut restituat exactam pro portione coheredis, sed tenetur non familiæ erciscundæ iudicio, verum actione negotiorum gestorum, quia pars socii divisa fuit. Neque exacta est propter communionem, quæ nulla est inter coheredes, sed quia heredi visum est etiam coheredis negotium gerere. Et generaliter definitur, quidquid unus ex sociis gessit sociorum nomine, non aliter ad iudicium familiæ erciscundæ aut communi dividundo pertinere, quam si is qui gessit propter communionem gerere necesse habuit. *L. heredes*, 25. *§. si unus*, & *§. non solum*, seq. *D. fam. erc.* In eadem caussa est pretium rei communis ab uno ex sociis venditæ. De parte huius pretii restituenda etiam tenetur qui vendidit, sed tenetur negotiorum gestorum actione, non familiæ erciscundæ, aut communi dividundo, quia potuit suam partem vendere, ut alienam non attingeret. Unde intelligitur eum percepisse hoc pretium non propter communionem, sed propter liberam susceptam administrationem. *L. in familiæ*. *C. fam. erc.*

VII. Incommoda in communionem incidentia sunt sumptus ab uno ex sociis in rem communem facti, & damna ab uno ex sociis in communionem illata. De sumptibus recte agit cum sociis is, qui in rem communem sumptus fecit. *L. his consequenter*, 18. *§. sumptuum*, *D. fam. erc.* Sed sumptus bona fide in rem communem factos esse oportet, ut ii sumptus in hæc iudicia veniant. Primum volumus in rem & utilitatem sociorum factos esse. Nam si unus quid præstiterit ex delicto suo, quia forte adversus stipulationem hereditariam fecerit, ipse solus peccatum luet; neque hos sumptus sociis imputabit. Traditum addito idoneo exemplo in *L. inter*, 44. *§ quod ex facto*, *D. fam. ercisc.* Neque satis est hos sumptus in rem sociorum factos esse, ut sit his iudiciis locus, sed factos esse oportet in rem communem non divisam, id est in eam rem, cuius partem gerere non potuit socius, nisi etiam sociorum partes attingeret. Veluti si agros coluerit, si iumenta pavit, si familiam hereditariam aluit, si fructus suis sumptibus percepit. Idem est, si pecuniam a defuncto debitam solus solverit, dum ea deberetur sub pœna aut sub pignoribus. Nam qui solvit partem pœnæ, evitare non potuit, nisi totum solvendo quod sub pœna debebatur. Nec socius pignus liberare potuit etiam pro minima parte sua, quin totam pecuniam debitam solveret. Quæ exempla sunt *d. L. heredes*, 25. *§. si unus* & *§.* seq. *D. fam. erc.* Quod si pecunia sine pœna aut sine pignoribus a defuncto debita fuit, & unus totam solvat, atque ita coheredes & socios liberet, non repetet hanc pecuniam nisi negotiorum gestorum actione. *d. L. heredes*, *§. non solum*. Damna ab uno ex sociis in communionem illata, etiam ad has præstationes pertinent, sive unus damnum intulerit recta, sive damni caussam præstiterit: & in damno illato nihil interest utrum facto suo intulerit, an negligentia. Facto suo damnum infert: veluti si chirographa hereditaria deleverit; si quid ex rebus hereditariis corruperit, consumpserit. *L. & puto*, 16. *§. denique* *D. fam. ercisc.* *§. item si inter. Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Infert negligentia sua; veluti si ex pluribus heredibus unus ante alios hereditatem adiverit, & non utendo passus sit servitutes perire. *L. heredes*, 25. *§. item culpæ*, *D. fam. ercisc.* Sed notemus hoc dictum esse in iis heredibus, quorum unus aditionem aliorum antevertit: nam si omnes adiverunt, aut si iam res omnium communis facta fuit, quisquis ser-

servitute usus non sit, is sociis eo nomine non tenebitur, quia potuerunt reliqui æque servitute uti, & utendo sibi servare. Quod si non fecerunt, non de sociis, sed de se queri debent. Damni caussam præbet unus ex sociis: veluti, si defunctus promiserit neque per se neque per heredem suum futurum, quominus Titio ire agere liceret, & unus prohibuerit, sit, ut in solidum pœna committatur adversus cæteros; ipse hoc damnum cæteris præstabit, cuius damni caussam dedit. *d. L. inter*, 44. *§. quod ex facto*, *D. fam. ercisc.* Simile est si defunctus viam stipulanti promisit, & per unum ex heredibus stet quominus cæteri viam imponant, quæ pro parte imponi non potest. Et in hac specie hic exitus est, ut committatur stipulatio in solidum adversus omnes, sed quod cæteri præstiterint ex hac caussa a coherede repetent iudicio familiæ erciscundæ. *L. 2. §. 1.* & *§. ex his. D. de verb. obl.* Cætera ad hæc iudicia pertinentia sumi possunt ex *§. quædam, Instit. de act.* in quem locum scripsimus.

CAP. XXIV.

Quæ delicta nos privatis obligent; & de obligationibus quæ ex maleficio nascuntur.

Transitio ad obligationes ex maleficio. I.
Quid maleficium, quid crimen, quid delictum. Ab utroque quid differat maleficium. II.
Obligationem ex delicto quam vocant, oriri ex maleficio strictim accepto. III.
Ad illud tamen non referri delicta, quæ ut sint adversus alios, nonnisi in negligendo consistunt, & quæ eiusmodi. IV.
Conatum nocendi non parere obligationem ex delicto. V.
Exceptio duplex, & quæ. VI.
Partitio maleficii, atque aditus ad seqq. capita. VII.

I. Tertium [1] genus earum caussarum, ex quibus omnis obligatio nascitur, fuit in divisione summa maleficium. *§. ult. Inst. de obl.* Quo genere qui deliquerunt inviti & nihil tale cogitantes obligantur. Genus proinde longe dissitum & a contractu, & a quasi contractu.

II. Maleficium est delictum, & pecca-

tum

1) Et quidem verum. Num proprie quoque creditor, cui ex delicti caussa debetur, ut recte contra Alc. Gœd. ad *L. 12. pr. de V. S. n.* 8. Nam in *d. L. 12. pr.* verba *mihi videtur* modestiæ sunt, non dubitantis, nec improprietatem notantis. Ac licet nulla hic fidei habendæ subsit caussa, facto tamen in creditum itur. Neque hæc mere civilis obligatio ut quidem volunt, relati a Pinello *in Auth. nisi C. de bon. mat. n.* 32. & Gœd. *ad L. 6. pr. de V. S. n.* 7. & Vasquio 2. *ill. Contr.* 55. *n.* 1. ob defectum aiunt, consensus. Sed imo & naturalis ex delictis obligatio nascitur. Gœd. *d. loc. n.* 8. *& seqq.* Vasq. *d. C.* 55. *n.* 2. *&* 3. P. Gilken. *de Præscript. P.* 1. *C.* 5. Eademque non tantum ex naturali æquitate, quæ committi delicta prohibet, *L.* 1. *§. ult. de furt.* commissa puniri suadet, ut Gilken. *d. lo. n.* 8. *& seqq.* Verum & ex consensu, seu ipsius delinquentis voluntate, Vasq. *d. lo. & Lib. 1. de Success. creat. §.* 10. *n.* 665. Nam reos ipsos se pœnæ subdere *L.* 34. *de 1. fisco* suaque mente puniri *L. ult. C. ad L. Iul. maiest.* legimus. Et vocamus amatores periculi *Nov.* 7. *C.* 5. *in pr.* Et quia leges ex consensu obligant, ac quisque se legibus subiicit voluntate sua, dum se civem gerit. Unde qui volt antecedens, delinquere, necesse est velit eidem consequens, puniri. Hinc D. Paulus ad *Tit. C.* 3. *v.* 11. hæreticum a seipso damnatum dicit, quod Tertul. *Lib. de Præscript. adv. hæreticos refer.* Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 21. exponit, quia in quo damnaretur, sibi elegit. Nemo nocens vel suo ipsius iudicio absolvitur, & nemo ita est ab humanitate alienus, qui si modo peccare se intelligat, sibi ipsi non displiceat, & idem nullo impellente sua ipse delicta detestetur. Camp. *Lib.* 1. *de Ingratitud.* citante Herm. Esai. Rosac. *Pract. Forens. C.* 43. *n.* 83. Qui mavult vere vult *L.* 22. *de rit. nupt.* At delinquens mavult severitate coerceri &c. *L. ult. Cod. de coll. fund. patrim.* Verus igitur hic, licet tacitus, non fictus, ut vult Gilk. *d. lo. n.* 15. consensus. Tametsi enim verbi gratia, homicida gladio se feriri simpliciter non velit, cum nemo sibi ipsi male velle, adeoque ut Apostolus inquit *Ephes.* 5. *v.* 29. carnem suam odisse possit, tamen quia scit eam pœnam homicidis statutam, nec ab illicito facto sibi temperat, vindictæ cupiditate & affectibus victus, sua sponte ruit in exitium, dum non vult quidem simpliciter se supplicio affici, ast mavult quam ut iniuriam ei, a quo se læsum putat, remittat, vel exitialem iram odiumque internecione civium deleat. Voluntas in bonum semper fertur, aut revera tale, aut quod existimatur 1. *Eth. Nicom.* 1. Boni rationem habet levius malum, quod eligitur fugiendo maiore. Cic. ad *Octav.* Et multa quæ per se nolumus, propter aliud. Hæc autem ad iudicia nostra referuntur magis quam ad veritatem rerum. Io. Lodov. Vives *de Consult. p. m.* 360. Corrupto itaque intellectu & pravis affectibus subiugato eligitur, quod falso licet, perverso tamen mentis errore, videtur minus malum, delictum, illique consequens pœnæ obligatio: ut maius quod falso videtur, videlicet coercitio affectuum, & intermissio delicti evitetur. Ubi ad scientiam accedit factum, non facile abest voluntas. Qui scit actum aliquem quid operari, si eum perficit, utique eo facto velle intelligitur, quod operatur. Sic & in aliis caussis obligationum accidit, ut qui in caussam consentit, is etiam in effectum ac ipsam obligationem. Nec tegerat quis spe impunitatis ductum videri delinquentem, & putasse delictum occultum futurum; abstenturum utique, si pœnas sibi dandas certo sciret. Nam utut ita sæpius sit: idem tamen vel simile in contractibus evenire solet. Sæpe enim verbi gratia mutuum quis accipit, non animo reddendi: sed firmo proposito eludendi & suo fraudandi creditorem. Quis ideo dicet obligationem tunc mutuo consensu defici, nec voluisse ad restitutionem obligari debitorem. Et seiungenda quoque obligatio ab effectu & exsecutione obligationis. Obligatio ipsa, uti oritur contractui, ita & delicto, nec absque ea vel contractus vel delictum momento

tum. Quæ [2] appellationes hoc differunt a crimine, quod species a genere. Delictum enim & peccatum genus turpe admissum omne, quo alteri male fit: unde maleficii nomen. Idque ita est, etsi delictum in speciem criminis cadat. Nam & crimina publicorum iudiciorum delicta & maleficia appellamus. *L. 1. E. quædam, D. de pœn. L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Crimen autem est delictum, quod accusationem ad vindictam delicti iure pubblico paratam habet. Unde criminari pro accusare usitatum; ut sit crimen id, de quo criminatio & accusatio ad pœnam delicti non pecuniariam institui potest. Quinimmo ipsum etiam verbum criminis sæpe pro accusatione & criminatione ipsa ponitur. Ut, cum dicimus defuncto reo crimen exstingui. *L. defuncto, D. de pub. iud.* Quod valet, defuncto reo accusationem perimi, quibus verbis Ulpianus hoc idem exprimit in *L. 3. D. eod.* Neque enim ipsum maleficium exstingui potest, ut dici possit factum non esse, quod factum est. Cic. *pro* Rosc. Ameri. *Tres sunt res, quantum existimare possum, quæ obstent hoc tempore Sex. Roscio, crimen adversariorum, & audacia, & potentia.* Ubi aperte crimen pro criminatione & accusatione posuit. Itaque maleficia, cum de his pecuniariter agitur, maleficia & delicta vocamus: cum criminaliter & extra ordinem, crimina nominamus. Hinc illi tituli separati in Pandectis. *De privatis delictis, & de extraordinariis criminibus:* quarum tamen appellationum ad utramque furtum pertinet, sed diversis iudiciis. Nunc de maleficio sic agimus, quatenus ex eo nascitur obligatio, atque hinc etiam civiliter & pecuniariter agitur. Ergo, ut illuc redeam, maleficium est delictum omne & peccatum. Unde qui ex maleficio obligantur, iidem dicuntur obligari ex delicto. Ex quo illa inscriptio in Institutionibus *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, ubi de obligationibus quæ ex maleficio nascuntur agi constat, proponiturque id statim eius tituli initio. Iidem ex peccato in *L. obligamur, D. de obl. & act.* Sed non omne delictum & peccatum est maleficium. Inter hæc tantum interest, quantum inter genus & speciem. Delictum genus est: quo verbo significatur factum id omne aut omissum, quod est contra legem Dei eamdemque legem naturæ mentibus nostris inscriptam. Verbum inde ductum, quod delinquere est perperam quid linquere, seu linquere quod sequi debeas. Id autem debemus, quod lex illa æterna præcipit. Hinc delictum, quidquid fit, quo ab eo præcepto deflectimus. Idemque valet peccandi verbum. Itaque delictum

mento consistit. Quare sicuti ex. gr. creditum accipiens, frustrandi fraudandique creditoris spe, ut sæpe fit; consentit tamen in id ut obligetur, cum sciat non posse esse quin ea ratione fiat debitor. Ita & delinquens cum sciat esse non posse, quin fiat reus pœnæ illi delicto præstitutæ, in id consentit. Quare bellissime dici potest uti omnis pure contrahentis, ita & cuiusvis ex proæresi & voluntario delinquentis consensum in ipsam obligationem semper esse purum & absolutum, licet quandoque tam illius quam huius consensus in exsecutionem obligationis possit esse conditionalis, spe videlicet implendi contractus necessitatem effugiendi, vel impunitatem sceleris consequendi proposita. Nec ideo minus hoc quoque casu verus consensus. Sicuti enim qui sub conditione promisit, forte si navis ex Asia redierit, & si cogitavit navem nunquam redituram, non tamen, ea adventante, potest negare se ex consensu obligatum fuisse; & sicuti qui se periculo obstringit in deposito, omnem casum fortuitum recipiens etsi speraverit nunquam eum casum eventurum, tamen evenientem ea voluntate sua præstat; ita & hic spe elusa &c. Exemplo res apertius patescet. Sumamus delictum, cui levior pœna, verbi gratia, furtum cui iure veteri pœna dupli vel quadrupli. Nam quia in hoc delictorum par conditio, idem in alio esse apparebit, siquidem hæc non nisi maioris minorisque ratione distincta. Furatus igitur, (luata ius vetus) simpliciter quidem vult se furem & furti obligatum esse: ast non simpliciter vult domino cui subripit duplum restituere. Lucrandi enim habet animum, non sua perdendi aut rem maiorem minori commutandi. Sed quia sperat se impunem abiturum, idcirco futurorum securus quidem, non tamen certus furatur. Semper autem scit posse contingere ut vel ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehendatur vel postea furtum detegatur. In eum igitur eventum se vult teneri ad duplum vel quadruplum. Seu mavult se, si aliquando manifestetur maleficium, dupli pœnam dependere, quam præsens & certum, quod præ manu habet, lucrum omittere. Neque mirum. Nam & alias, extra caussam delictorum, homines leviores modicum præsens præferunt futuro maiori, etiam certo. Quæ caussa est transactionis alimentorum inhibendæ *L. 8. pr. D. transact.* Nec alia ratio delictorum graviorum, vel quibus pœna gravior. Sic furtum committens hoc tempore, non vult simpliciter suspendium sibi dici & gulam laqueo frangi: mavult tamen in eventum dulcedine lucelli præsentis allectus. Sic qui malignis artibus dediti, abiurato sacri lavacri fœdere fideique & religionis professione abnegata, dæmonis se servitio mancipant, eiusque nefandis sacris initiantur, itaque se æterno exitio addicunt, non simpliciter volunt horrendas æterni supplicii pœnas: malunt tamen miserrimi hominum, quam ut levissimum temporarium commodum omittant. Sane si tempus præsens, quo pœna de reis exigitur, intueamur, eo nec volunt, nec malunt, sed maxime nolunt. At initium & origo, æque ac in contractibus *L. 8. pr. Mand.* inspicienda. Nam uti contractus ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis dicuntur ex *L. 5. C. de O. & A.* Et uti actiones ex obligationibus voluntariis profectæ in invitos exercentur *L. 83. de V. O.* atque ita ad præstandum compellitur qui non vult solvere, quia antea voluit, dum conventionem libere iniret. Ita & delicta ab initio sunt voluntatis, ut male faciendo delinquens se ipsum sciens adeoque & sponte, nec invitus, pœnæ faciat obnoxium, proinde & sciens in pœnam consentiat, licet tum forte cum de eo sumitur, illam maxime refugiat. Unde confessi sua sententia damnari dicuntur *L. 1. de confess.* Quod & scite a contrario, innuit Laco ille, quisquis fuit, qui reo dicenti. *Nolens deliqui: Nolens* itaque reposuit, *pœnam luito*, Plut. *in Lacon. Aphor.* Obiicitur, obligationes ex maleficio re tantum consistunt *L. 4. de O. & A.* Resp. Etiam contractus reales re consistunt, & societas re dicitur quandoque contrahi &c. Nec urget vocula *tantum*, & verba sequentia. Nam hic sensus Caii. Non uti contractus alii reales, alii verbales, alii solo consensu contenti, ita & delicta quædam solo consensu consistunt: sed omnia præter consensum habent rem, id est factum ac ipsum maleficium.

2) De acceptionibus delicti, criminis, maleficii, sceleris, flagitii, facinoris & similium vid. Tiber. Decian. *Tr. Criminal. Lib. 1.*

ctum & peccatum est, non tantum si quid peccatur adversus alios, sed etiam & quidem maxime si quid adversus Deum, si quid etiam adversus nos ipsos, ut si quid imprudenter, si quid timide & ignave, si quid intemperanter admittimus; ubi dignitatem a Deo naturæ nostræ inditam violamus. At maleficium est ea species delicti, qua peccatur adversus alios: neque id quovis modo; sed qua fit aliis male, ut compositio & origo verbi satis indicat, id est qua nocemus & detrahimus alteri.

III. Id de verbo delicti & maleficii statim intelligi, non ad significationem tantum verborum, sed ad rem ipsam de qua agitur, omnino pertinet. Obligationem privatam ex delicto quærimus. Res sic habet, ut quemadmodum non omne delictum est maleficium: ita non ex quovis delicto nascatur obligatio, sed solum ex maleficio; id est ex eo genere delicti, quod specialiter maleficium appellatur: ut aptissime verbum maleficii in divisione caussarum obligationis electum sit, quo caussa obligationis ex delicto propria significaretur. Id ita esse statuemus, si de lictorum generibus aliis remotis, in hoc solo quod maleficium dicimus obligationem hanc consistere animadverterimus. Si quid ergo peccatur adversus Deum, seu adversus eam partem legis quæ cultum & amorem erga Deum exigit; si quid in nobis ipsis imprudenter, si quid per ignaviam, aut intemperantiam admittamus: hæc aut non coercentur legibus, aut non ita, ut cuiquam nos privato obligent. Sola nos delicta privatis obligant, quæ adversus privatos admittuntur, quæ & dicuntur specialiter maleficia.

IV. Sed ne hic quidem delictum omne, quod admissum sit adversus privatos, vindicatur legibus; quia non omne est maleficium. Delictorum, quibus peccatur adversus alios, duo sunt genera. Quædam sunt in faciendo, quædam in negligendo. In faciendo, si quis alteri infert iniuriam. In non faciendo; si quis cum alii infertur iniuria, non propulsat, si potest; si quis cum alienas res tueri potest, ne pereant, negligit; & perire patitur. Si quis alteri infert iniuriam, quin id delictum sit, non dubitatur. Sed ne dubitemus eum quoque neglectum in delicto esse habendum tanquam repugnantem legi Dei & naturæ, ubi non propulses cum alteri infertur, si possis, iniuriam. Id intellexit Cicero, qui *Lib. 1. Offic.* duo genera iniustitiæ posuit, ut diceret unum esse eorum, qui inferunt; alterum eorum, qui ab iis quibus infertur, non propulsant, si possint, iniuriam. Et eum qui non defendit, nec obsistit, si potest iniuriæ, tam esse in vitio, quam si parentes aut amicos, aut patriam desereret. Recte Cicero, & æternæ legi Dei convenienter inscriptæ omnium hominum mentibus. Non enim tantum ex hac lege est illud etiam Ethnicis decantatum, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris:* sed etiam illud Christi in alterampartem, *Quæcumque vultis ut faciant vobis homines, eadem & facite illis, & sic adimplebitis legem Dei*. Qui secus facit, incidit in illud genus iniustitiæ, quod Cicero alterum supra posuit. Sed hoc posterius etsi delictum est, quia contra legem Dei, & delictum adversus proximum: sciendum tamen nullum eiusmodi neglectum vindicari legibus, nec ullam actionem constitutam neglecto adversus eum, qui in hanc partem peccavit. Argumento certo erit damnum datum. Id vindicatur lege Aquilia etiam in iis, quorum culpa vel levissima atque adeo imperitia damnum datum est. Sed ita, si quis quid usserit, fregerit, ruperit iniuria, id est si quid facto suo nocuerit. Quod si patiatur vel dolo, vel negligentia res alienas uri, frangi, rumpi, cum subvenire posset; puta, si fructuarius cui ususfructus fundi relictus est, agrum non proscindat, vites non subserat, aquarum ductus corrumpi patiatur, lege Aquilia, id est ex delicto non tenetur, ut diserte scriptum est in *L. si cuius*, 13. §. *de præteritis*, in fin. *D. de usuf.* Nec abs re actio nulla constituta est adversus eiusmodi neglectum. Nam si quis quid omisit, cuius omittendi iustam caussam habuit, is non delinquit. Proinde nec tanquam ex delicto teneri eum oportet. Iam vero multæ sunt & variæ caussæ, propter quas quis venia dignus sit, si ad propulsandam ab alio iniuriam, si ad res eius tractandas & iuvandas non accedit: certe quibus fiat, ut quemquam ad id faciendum cogi sit iniquum. Non tuetur quis eum, quem aliqui aggrediuntur; nempe quia diffidit viribus suis, metuit periculum, metuit inimicitias. Res alienas non attingit, & corrumpi patitur; nempe quia metuit, ne si gerendas suscipiat, non recte gerat; veretur ne aliis suspectum futurum sit officium suum, domino non gratum. Denique in re aliena non vult esse curiosus. Honeste hæc dicuntur, & ad excusationem probabiliter. Quæ cum in hac re occurrere possint, & multo plura ac iustiora, merito hæc cuique privatim expendenda permissa sunt; & ubi manifestum delictum non est, non debuit adversus id actio constitui. Potest dolo malo & malevo-

levolentia, aut certe lata culpa defensionem alterius quis deferere, ut non minus hic delinquat coram Deo, quam si læsisset; sed quoniam id non constat, merito quid hic possit, aut sentiat dum alium non iuvat, iudicio Dei relinquendum fuit.

V. Solum ergo relinquitur delictum id, quod specialiter appellamus maleficium, ex quo ut ex delicto obligatio nascatur: ut merito hic dicta sit in divisione obligationum actio nasci ex maleficio, quæ vere ita est, ut non ex omni delicto oriatur; sed solum ex maleficio. Est autem, ut ante dixi, maleficium, factum omne quo nocetur, detrahiturque quid alteri. Ut enim benefacere dicimur, cum facto nostro alii prosumus: ita male facere, cum facto nostro alteri nocemus. Qua ex definitione etiam illud intelligimus, etsi quod factum nostrum instructum sit ad nocendum alii, nisi tamen eo evaserit, ut noceret, nullam ex eo tanquam ex delicto adversus nos esse actionem. Finge constituisse aliquem mihi iniuriam facere, neque constitisse tantum in hac cogitatione, sed consilium ad rem conferentem summisisse qui mihi convicium faceret. Si id factum non sit, placet ne eum quidem qui summisit, mihi teneri. *L. item apud*, *§. si curaverit*, *D. de iniur.* Et quod hic in una specie dicitur, in omnibus aliis similibus intelligendum est.

VI. Duas video hoc loco esse 3 exceptiones. Unam adversus calumniatores: alteram adversus eum, qui servo alieno suasit ut domino furtum faceret. Quod ad calumniatores attinet, si quis pecuniam acceperit quo alicui calumniæ caussa negotium iudicio faceret, aut non faceret, constituta est edicto adversus eum actio intra annum in quadruplum eius pecuniæ, quam accepisse dicetur: post annum in simplum. Et constituta non adversus eum solum, qui negotium fecit, atque ita nocuit, ut convenerat; sed etiam qui non fecit. Constituta præterea non tantum ei, qui pecuniam dedit, cui sane nocitum non est: sed etiam ei, cui ut negotium fieret, actum erat; cui si negotium factum non sit, dici non potest nocitum fuisse. Hæc indicantur in *L. 1.* in pr. *L. 3. L. si quis, 7. D. de calum.* Unde ergo hic actio ei, cui malefactum nihil proponitur? Non aliunde, quam quod turpe factum præcessit instructum ad alteri nocendum calumniæ caussa: & utile esse visum est id ita constitui, ad calumniam improborum etiam ante quam ad eam veniretur, reprimendam. In eo autem servo, cui quis suasit, ut domino furtum faceret, & quod surripuisset, ad se deferret: certum est, si re ad dominum delata permittente eo servus rem domini abstulerit, & ad sollicitatorem illum detulerit, re vera neque furtum fieri, neque servum corrumpi; sed tamen propter improbum consilium servi corrumpendi, quod in eum actum usque processerit, quod sollicitator voluit, placuit Iustiniano eum qui corrumpere voluit, simul & furti & servi corrupti obligari. *L. si quis servo, C. de furt. §. sed etsi, Institution. de obligat. quæ ex del. nasc.* Cæterum extra has caussas exemplo superiore iniuriarum moniti tenebimus, nunquam facto ad malefaciendum & nocendum tantum comparato actionem dari solere adversus eum qui instruxit, ubi maleficium non sit secutum.

VII. Sed ut non ex alio delicto inter privatos obligatio & actio est, quam ex maleficio: ita quodcumque maleficium id erit, idest quodcumque eiusmodi factum, ut iam nunc noceat, placet ex eo obligationem & actionem esse, qua teneatur is, qui admisit. Verum non uno modo: sed actione pro qualitate cuiusque maleficii constituta. Non enim unum genus est maleficii. Hinc genera maleficiorum distincta. Quo etiam in his pro natura cuiusque de genere pœnæ & obligationis privatæ constitueretur. De quibus si quæratur, non alia certior generum divisio esse potest, quam si sumatur ab iis rebus quæ cuique detrahuntur, quando de eo nunc agitur. Quæraturque, quæ sint in singulis nocendi rationes. Ut igitur omne quod nostrum est, aut est in persona cuiusque, aut in rebus externis: sic maleficium omne, seu omne factum quo detrahitur alteri, aut in personam infertur, aut in res eius. Quod in personam alterius maleficium est, idest unius generis. & proprie dicitur iniuria. Quod in res admittitur, multiplex & varium, licetque generaliter alieni detractionem vocemus.

CAP.

3) Plures exceptiones in delictis publicis, quas persequi huius non est loci nec instituti.

C A P. XXV.

De iniuriis,

Iniuria specialiter dicta quid, privata hæc & popularis, & quæ utraque. I.
Facta quibus infertur iniuria aut corpus lædunt, aut libertatem violant, aut existimationem minuunt. II.
Quæ facta corpus & libertatem violent. III.
Minuitur existimatio aut verbis, aut scripto, aut factis. IV.
Verbis; *ingerendo convicia: quid convicium, & quot modis fiat.* V.
Scripto; *autem libellis, historia, Epigrammatis famosis, vel sine scripto picturis. Hoc totum quomodo severius a legibus vindicatum.* VI.
Factis; *si quid dolo malo fit adversus aliquem, quod probri & turpitudinis moveat suspicionem, & quæ id genus.* VII.
Superiora ita pertinere ad iniuriarum actionem, si tria concurrant. VIII.
1. *Affectus iniuriam facientis: ex quibus caussis hic abesse intelligatur.* IX.
2. *Innocentis læsio.* X.
3. *Iniuriæ sensus, & indignatio.* XI.
Actio iniuriarum criminalis & civilis. Quid utraque: posterior huius loci propria. XII.
Pœna actionis iniuriarum pecuniaria. XIII.
Actio prodita iniuriam passo, & iis ad quos iniuria pertinet: & qui illi. XIV.
Adversus eum qui aut fecit iniuriam, aut in eo mandatum vel consilium dedit. XV.
Damnatus iniuriarum fit infamis; sed non is qui in ius vocavit aliquem adversus edictum etsi iniuriam intulit. XVI.
Iniuria popularis quatenus vindicatur. Datur cuique. Duo facta ad eam pertinent, & quæ. XVII.

I. INiuria & generaliter dicitur, & specialiter. Generaliter omne, quod non iure fit. Itaque etiam in cæteris delictis, quæ in res inferuntur iniuria est: nomine ita composito, ut sit quasi non iura. Specialiter est id maleficium, quod in personam cuiusque infertur, de quo nunc quærimus; quod alio verbo dicitur contumelia a contemnendo; ut sit, quidquid fit, & ingeritur in contemptum & ignominiam alterius. Hæc in *L. 1. D. de iniur. Institution. eod. tit.* [1] in princip. Iniuriæ huius generis sunt duo, ut re distincta, ita vindicata propriis actionibus. Quædam est privata, quædam popularis. Privatam voco, quæ fit privatis, Popularem, quæ fit magistratui tanquam magistratui, ut sic quodammodo pertinere videatur ad Rempublicam, cuius in persona magistratus violatur auctoritas; eoque & pertinere ad omnes. Unde etiam actio est constituta non magistratui, sed popularis, id est cuivis e populo. Privata iniuria quædam est communis, quæ cuicumque facta sit, vindicatur in omnes, unaque & communi actione tenetur, quæ dicitur iniuriarum. Quædam, quæ proprie admittitur in eos, qui contra quam per edictum licet, in ius vocati sunt. De qua & propria actio constituta est. De quibus generibus ordine dicemus.

II. Constat omnis iniuria factis dictisve ad contemptum & ignominiam alterius pertinentibus. Quæritur quænam ea facta sint in singulis istis generibus Et in reliquis ea certa sunt & pauca, ut expeditam

1) Dist. Valens Acidal. *Divinat. in Stich. Plauti C.* 4. Male Christoph. Coler. *Parerg. C.* 32. *in d. pr. I.* pro *alias* restituit *alia est* ex loco Pauli in *Fragm. Pithæi*. Id enim refellunt sequentia, ubi adhuc bis vocula *alias* repetitur. Male idem Tribonianum stuporis arguit, ac si *ibid.* prætorem iniusta sententia dicta iniuriam accepisse velit. Intelligit enim eum contra quem dicta est, & subauditur vocula *is*; & Tribonianus igitur iniuriam a Colero accipit. Recte autem & Latine Ulpianus in *L. 17. §. 3. h. t. contumeliam facit* dixit, pro intulit. Nam ita quoque Plaut. *Asinar. 2. Sc ult.* Terent *Pherm 2. Sc* 8. & alii Barthol. Barrient. *Annot. C.* 11 qui tamen omnino errat putans hanc phrasim a Cic. *Philipp* 3. in Antonio reprehendi, ut & Hadrian. Cardinal. *de Mod. latine loq. p. m.* 147. Nam Antonius facere contumeliam dixerat pro affici contumelia sicuti facere damnum &c. Muret. 6. *Var. lect.* 18. Quod ipsa loci sententia convincit, maxime verba ea: an quam facit is qui cum dignitate est: quæ autem potest esse maior. Nam gravior iniuria, non quam viliori qui cum dignitate est infert, sed quæ huic infertur. vid. *infra N.* 12. Quanquam nec inscite Comines. *Lib. 5. Comm. p. m.* 139. quo potentior & maior qui iniuriam facit, eo gravius dolere eos quibus infertur, quod propter auctoritatem illius magis ad infamiam suam pertinere putent. Reperitur & iniuria pro severitate ut apud Terent. *Heaut. 5. sc.* 2. Matres filiis in peccando adiutrices, auxilio in paterna iniuria solent esse, id est in acerbiori castigatione, Guilielm. Canter. 7. *Novar. Lect* 12. Quo sensu iniuriosa rhapismata *L. ult. C. de emant.* Itemque pro damno. Sic iniuriæ cælestium pro vi tempestatis, Cap. Peucer. *Comm. de Divinat. Cap. de Astrolog. p.* 417.

tam præceptionem illa habeant. In privata & communi iniuria non ita. Sunt enim facta varia, quibus ea iniuria admittitur. Quæ cum ad certa genera nobis revocanda sint, quid de his certi tradi possit, videamus. In quo uterer partitione Labeonis ea, quæ refertur in *L. 1. §. 1. D. eod.* Sed vereor, ne non satis complectatur, certe non satis enucleate, omnia quæ pertinent ad comprehendenda exempla tam multa, quam multa passim leguntur sub hoc *Titulo Digestorum*, ac ne membra quidem ipsius partitionis satis distinxisse ad intelligendum videtur. Omnis, inquit, iniuria aut in corpus infertur, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinet. Ad hæc posteriora duo recte referantur ea, quæ sunt existimationis cuiusque. Haud scio an recte ea, quæ ad cuiusque libertatem pertinent. Sed & hæc ipsa quæ ad dignitatem, aut ad infamiam pertinent, verendum, ne non recte distinguantur inter se. Quid est enim ad infamiam, nisi cum dignitas læditur? & contra quæ ad dignitatem pertinet contumelia, nisi quæ pertinet ad infamiam, ut cum comes matronæ abducitur? Utcumque ea partitio est, mihi ex definitione iniuriæ, & iis rebus, quæ sunt personæ cuiusque commodissime sumi posse videtur, quæ hic facta iniuriam contineant. Iniuria in personam est. Est igitur factum omne, quo alterius persona læditur, violatur. Lædi persona intelligitur, cum quid minuitur earum rerum, quas Deus in persona ipsa proprias cuiusque esse voluit. Hæc in vivente tria sunt, corpus eiusque incolumitas, libertas, existimatio. Ita fit, ut omnis iniuria sic inferatur, cum aut corpus [2] violatur, aut libertas minuitur, aut minuitur existimatio.

III. Violatur corpus cædendo, pulsando, vulnerando. Atque hinc præcipue iniuriarum actio. *L. lex Cornelia, L. 1. §. 1. D. de iniur.* Minuitur libertas, cum ea quæ concessa sunt cuivis libero homini in rebus, ea nos non patitur facere: ut rebus communibus uti pro communibus, privatis autem ut nostris. Ut si quis nos prohibeat piscari in mari, in publico loco agere, sedere, versari. Si quis re mea uti non permittat. Quarum etiam rerum nomine iniuriarum actio est. *L. iniuriarum, §. si quis me, D. de iniur. L. qui pendentem, D. de act. empt.*

IV. Minuitur existimatio corpore & libertate salva, aut verbis probrosis, aut scripto, aut facto ad eamdem probri & turpitudinis notam comparato.

V. Verbis, si cui convicium fiat. Adversus quam partem constituitur edicto iniuriarum actio in *L. item, §. ait, 1. D. de iniur.* Convicium Labeo a vociferatione dictum putavit, quasi convocium: ut si cum multæ voces contumeliæ caussa in unum conferuntur, ut Ulpianus refert in *d. L. item, §. convicium, D. de iniur.* Valla *Lib. 6. Elegant. C. 52.* dictum vult a vitando, seu a vitio: ut sit convitium, cum plura simul vitia, seu probra in aliquem ingeruntur, id est dicitur id, & confertur in aliquem, quod sit vituperandum. Prius illud Labeonis usus veterum confirmat: qui convicium sæpe usurpant pro vocis contentione. Sic aliquoties Cicero. Nemo autem dubitat quin sic accipiatur apud Quintilianum in princip. *Inst.* oratoriar. *Efflagitasti quotidiano convicio.* Et apud Columellam *de cultu* hortorum, *Perpetitur querulæ semper convicia ranæ.* Confirmat & quantitas dictionis convicium; in quo verbo antepenultima producitur Latinis, sicut prima in verbo vocis, unde derivatur, ut in superiore illo versu Columellæ. Sed posterius illud Vallæ magis significationi rei convenit. Re enim vera convitium est, cum vitanda alicui obiiciuntur. Ad quod significandum non satis apte deducitur a vociferatione; quia possit esse vociferatio sine convicio: & possit convitium fieri [3] sine vociferatione. Nec nos moverit quantitas

2) Iniuria recte dividitur a Labeone *L. 1. §. 1. h. t.* in eam quæ re fit, & quæ verbis; vulgo alia verbalis, alia realis. Ad verbalem autem etiam quæ scriptura fit referenda, Gail. 2. *Obs.* 104. De hac equidem materia plura, quæ noster non pertractat, adnotare possem, quæ omitto; vid. præter alios Menoch. 2. *Arb. C.* 163 Ernest. Cothman. *Iuris resp.* 15. *& seq.* Fachin. 9. *Contr.* 7. *& 5. seqq.* Marq. Freher. *Lib. 2. de Existimat C.* 9. Gail. 2. *Obs.* 99. *& 7. seq* P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 15. *& seqq.* De discrimine pulsationis & verberationis, de quo *L. 5. §. 1. h. t.* quod exagitat Valla 6. *Eleg.* 47. & Fr. Florid. Sabin. 1. *Lect subcis.* 8. vid. Cristoph. Coler. *Parerg. C.* 36. Buf. 3. *Subtil.* 16.

3) Immo nequit, licet maledictum sine ea fieri possit, quod generalius verbum *L. 3. §. 11. h. t.* Et rectius etymon ICti probatum auct. Fest *Lib.* 3. nec ineptum, ut Nic Perot. *Cornucop. in 3. Martial. Epigr. f. m.* 255. Nam & Vallam refellunt Alc. *Lib. 4. de V. S.* & Forcat. *Dial.* 57. *n. 1. & 2.* quia sæpissime in bonam partem accipitur. Martial. *Lib. 7. Epigr.*

Festa coronatus ludet convicia miles.

Seneca *in Medea.*

Festa dicax fundat convicia Fescenninus.
Solvat turba iocos - - - - - - - - - - - -

Cic. 1. *Ep. fam.* 5. *clamore convicioque*, & pro Archia, *suppeditat nobis* (Poeta) *ubi & animus ex forensi strepitu reficiatur & aures convicio defessa conquiescant*, in quibus exemplis locus non est translationi, quam hic statuit noster, vid. & Rob. 2. *Sent.* 7. Ræv. 1. *Var.* 3. Scip. Gentil. *Lib. Orig. sing. pag.* 335. ubi scribendum per C. non T. ait; ut distinguatur a convitio, quod significat plurium simul ædificii partium vitium ac labem. Ian. Meller. *Palmer. Spicileg. Epist.* 15. *pag. m.* 872.

titas antepenultimæ. Ut enim in verbo vocis prima longa est, sic & in verbo vito, unde convitium; etsi in vitio corripitur. Ne illud quidem me moveat, quod interdum significatur hoc verbo contentio vocis. Nihil enim prohibet, quominus dicamus a vitando seu a vitio primum appellatum esse convitium, cum vitia alicui obiiciuntur contumeliæ caussa. Quia autem ab iis qui nocere volunt, id fieri non solet sine vocis contentione, ut alii exaudiant, tractum esse deinde verbum ad eos, qui magna contentione aliquid peterent propter similitudinem, quoniam qui id faciant, sic petant quasi exprobrantes vitium iis a quibus petunt, nisi concedant quod petitur. Sed utrumvis horum placeat de origine verbi; illud certe de re constat, convitium esse quod ante dixi, quidquid probri vitiive ingeritur in aliquem. Et convitium facere eum recte dici, qui id dicit in aliquem, quod si verum sit necesse sit eum improbum, aut alioqui turpem existimari. Et illa quidem nemo dubitat convitia esse, si quis quem homicidam vocet, sicarium, latronem, veneficum, quæ in apertis criminibus numerantur. Sed & quæcunque sunt minora, si quam turpitudinis significationem apud honestos viros habeant, non minus iniuriam habent, & eo nomine tenentur. Cuiusmodi est, si quis non debitorem suum, debitorem appellet. *L. item. §. si quis bona*, in fin. *D. de iniur.* In quo si quis quærat, quæ sit contumelia, & quæ turpitudinis nota? hæc est. Hoc enim qui vituperandi caussa obiicit, vult, eo dicto intelligi, eum cui obiicit, hominem vilem esse, si non habet, unde exsolvat: aut fraudulentum & improbum, si cum habeat, detrectet solvere, & infitietur debitum.

VI. Scripto læditur existimatio & fit iniuria, libellis, historia, aut epigrammatis [4] famosis, id est ad infamiam & ignominiam alterius compositis. Quod fit, cum scripto eadem probra ingeruntur, quæ si obiicerentur verbis, convitium haberent, §. 1. *Inst. de iniur.* Quod genus iniuriæ quia per scriptum ad plures pervenit, gravius habetur. Ideo constituta est actio iniuriarum & actio hoc nomine lege Cornelia, & quidem ita, ut si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis esse ex lege iubeatur. *L. lex Cornelia*, §. *pen. D. de iniur.* Cumque ad hoc genus infamandi proclivis esset hominum petulantia, & maledicendi atque alios vexandi libido; & eo magis placeret, quod qui convitium faciunt, latere non possunt: qui autem libellos famosos emittunt, possunt latere suppresso suo nomine: idcirco etiam iam olim huic morbo occursum est veteribus legibus, & severe actio constituta in hac caussa: ut scilicet teneretur non solum is qui composuit, sed & qui scripsit, edidit, dolove malo fecit quo quid eorum fieret. *d. L. lex Cornelia*, §. *pen. D. de iniur.* Hoc amplius etiam ex constitutionibus qui libellum famosum inventum apud se non [5] continuit, aut non corrupit prius quam alius inveniat. *L. unica. C. de fam. lib.* Famosis libellis & scriptis similia habentur, quæ producuntur sine scriptura in notam aliquorum, ut est in *d. L. lex Cornelia*, §. *ult. de iniur.* De quibus etiam *ibidem* traditur placuisse senatusconsulto similiter agi posse, idque adversus eum qui produxit; item qui emendum vendendumve curavit. Huiusmodi autem res esse intelligo pictutas & imagines, quæ aliquem exprimunt, & addita alicuius turpitudinis aut deformitatis repræsentatione notant. Adversus quas etiam eodem senatusconsulto placuit rem publica quæstione vindicari adversus supra scriptas personas, cum nomen adiectum non est eius, in quem illa sunt prolata; ut proinde difficile sit ei qui notatus est, probare in privato iudicio se notatum esse. Hoc in *L. quod senatusconsultum*, 6. *D. de iniur.*

VII. Facto minuitur existimatio, cum id fit dolo malo, quod in eo adversus quem struitur, movet aut movere potest alicuius probri turpitudinisve suspicionem. Ex quo iniuria, atque hinc iniuriarum actio. §. 1. in fin. *Inst. de iniur.* Huiusmodi facta sunt, de quibus etiam cautum est edicto, si quis matronæ comitem abduxerit, si matronam aut virginem appellarit, adsectatusve sit contra bonos mores. Quæ ut proponuntur, ita explicantur in *L. item*,

4) Famosi dicuntur non quod vere inurant infamiam, sed quod hoc agat, quantum in se est, iniurians, vid. Freher *Lib. 2. de Existimat. C. 10. n. 5. & seqq.* Vocantur carmen in 12. Tabb. Cic. *in Fragm. 4. de Rep.* carmen famosum. Sent. Pauli 4. §. 15. *L. 21. pr. de testib.* carmen malum, Arnob. *Lib. 4.* Horat. *2. Sat. 1. circ. fin.* Hodie Pasquilli, quod Romæ ad truncam Pasquini cuiusdam statuam affigi soleant, de quo vid. Io. Boter. *Lib. 3. de orig. Urb. C. 6. p. 381.* Bernardin. Gomes. *Lib 3. de Sale C. 32.* Quæ iniuria & LL. 12. Tabb. severe vindicata capitis supplicio, vid. LL. 12. *Tabb.* ex disposit. Foth. *tit. 25. § 3.* Ræv. *ad LL. 12. Tabb.* C. 25. & 1. *Coniect.* 18. & variis constitutionibus, ut apparet *ex C. Th. tit. de famosis lib.* De quo pluribus Menoch. *Cas.* 263. *n.* 34. & *seqq.* Freher *Lib 3. de infam. C. 9. n. 23. & seqq.* Io. Duath. *de Testam. n. 226. & seqq.* Scip. Gentil. 2. *Parerg.* 30.

5) Menochius tamen *Arb. Cas.* 263. *n.* 48. ex facto quæsitum se respondisse, scribit, eum qui nec auctor, nec inventor libelli, sed ab alio ex curiositate accepit, ut exemplum inde sumeret, retinendi non divulgandi animo, extra noxiam esse.

tem, §. *si quis virgines*, usque ad §. *ait*, *D. de iniur.* indicantur eadem in §. 1. *Inst. eod.* Lædunt autem hæc existimationem hoc modo. Comite abducto matronæ, quæ propter dignitatem comite uti soleat, facile movetur suspicio vulgo, eam per solitudinem aliquid captare turpe, in quo nunc præter consuetudinem testes non admittat. Qui appellat matronam aut virginem, idest pudicitiam eius attentat, satis hoc facto declarat se eam pro honesta & pudica non habere, a qua audeat id flagitii sperare. Affectatio frequens idem facit. Adfert enim suspicionem eum quærere congrediendi occasionem. Eiusdem generis factum est, si quis alicuius bona tanquam debitoris occuparit, qui debitor non erat. §. 1. *Inst. de iniur.* Quo facto scilicet eadem illa significantur quæ supra diximus in huius generis convitio. Eiusdem generis fuit & illud apud Romanos, quod proponitur in *d. L. item*, §. *generaliter*, *de iniur.* si quis ad invidiam alicuius veste lugubri aut squalida utatur, si barbam demittat, vel capillos. Dictum hoc ex more veterum. Mos enim fuit apud Romanos; si qui vexasset in magistratu provinciales, reus esset repetundarum aut concussionum, ii qui læsi essent, venirent Romam, & ad iniurias acceptas significandas, commovendamque misericordiam, eo habitu, quem dixi, uterentur. Quod Budæus in eius loci explicatione [6] docet in *annotation. posteriorib. in Pandectas*.

VIII. Hæc sunt igitur facta, quibus fit iniuria, nec ulla præterea, quæ non ad unum aliquod ex his generibus referuntur. Sed non statim ut quidque eorum, quæ suprascripta sunt, factum erit, ita aut iniuria facta est, aut est iniuriarum actio adversus eum, qui fecit. Tres sunt in eo conditiones, quas concurrere oporteat, ut sit propter ea quæ diximus iniuriarum actio; si nimirum & is qui quid eorum fecit, contumeliæ caussa fecerit; & qui passus est, immerito læsus sit: & idem statim ad animum suum revocaverit iniuriam. Si quid horum deest, cessat actio iniuriarum.

IX. Inprimum hoc exigimus, ut quidquid istorum factum erit, iniuriæ faciendæ caussa factum sit; quod secus factum est, ad hanc obligationem non pertinet. *L. iniuriarum*, §. 1. *L. item*, §. *meminisse*, §. *si quis bona*, in fin. *D. de iniur.* Hoc enim statui debet iniuriam ex affectu facientis consistere. *L.* 3. *D. eod.* Neque tamen si quis cum quid eorum, quæ supra diximus, fecerit, neget se hoc animo fuisse ut iniuriam faceret: continuo illi [7] creditur. Sed id ipsum ita esse certo aliquo argumento probandum est. Inanis est enim affectus defensio, quæ contrariis factis refellitur: ubi scilicet dictum aut factum de quo agitur, notam aut ignominiam in se habeat. Abesse affectus iniuriæ faciendæ probatur, aut ex conditione personæ facientis, aut ex præcedente faciendi caussa. Ex conditione personæ, si qui sunt, quorum nulla voluntas est, qualis est furiosus & mente captus; aut qui quod agitur, non intelligunt, qualis est impubes nondum doli capax. Ideo hi iniuriam nec facere, nec posse existimantur. *L.* 3. *D. de iniur.* Nondum autem doli capax habetur infans, & qui infantiæ est proximus. §. *pupillus*, *Inst de inut. stip.* §. *in summa*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Ex caussa faciendi id intelligitur, si qua caussa facti præcessit superiori affectui contraria. Cuius generis caussæ genere sunt hæ tres: casus; faciendi necessitas iure imposita; & voluntaria quidem alia faciendi caussa, sed honesta & probabilis. Quod casu & ab incogitante in alium incidit, id ab affectu iniuriæ faciendæ longe abesse perspicuum est. Ut si quis dum servum suum ferire vult, servo se subducente proximum stantem invitus percusserit, aut si dum avem aut aliud quid telo emisso ferire vult, telum decidens in aliquem inciderit, & eum læserit. Ideo hic iniuriarum non tenetur, *L.* 4. *D. de iniur.* Faciendi necessitas est in his, qui pro necessitate muneris publici quid decernunt, aut faciunt in aliquem, quod a privatis si fieret, haberet iniuriam. Quidquid eiusmodi est, iniuriarum non tenetur: veluti, si magistratus pro officio iurisdictionis alicuius damnati bona capi, & distrahi iusserit, si quem iusserit ob maleficium in carcerem duci. Item si apparitor iussu magistratus aliquem in carcerem duxerit, & repugnantem vi ire compulerit. Hi, inquam, iniuriarum non tenentur: *L. in-*

6) Et is mos reorum ac lugentium, vid. Cuiac. *6. Obs*, 5. Forcat. *Dial.* 58. *n.* 3. Ræv. 3. *Var.* 9. & 1. *Coniect. ult.* Iac. Durant. Casel. 1. *Variar.* 18. Hadrian. Iunius *Comm. de Coma* C. 5. Iac. Schegk *præmiss. Epist.* P. Petrenon. 1. *Animadv. & Var. Lect.* 13. P. Fab. 2. *Semestr.* 10. ubi de squalido reorum habitu &c. Fit quoque iniuria gestibus in alicuius contumeliam compositis, manu sublata & ungue pollicis sub indice digito posita, quod Itali vocant ficas facere, de quo Tessaurus *Decis.* 229. *tota*. item si quis linguam exerat, oculos distorqueat in alterius despectum &c.

7) In dubio autem animus iniuriandi præsumitur, vid. citatos a Treutl. *P.* 2. *Disp.* 20. *Th.* 5. *lit. B.* add. Farinac. *Q. criminal.* 105. *n.* 113. & *seqq.* Calor iracundiæ ut excuset ab iniuria, vide Gail *L.* 2. *Obs.* 106. Quæ iniuriæ retorsio licita, idem 2. *Obs.* 100.

L. iniuriarum, §. 1. & 2. *D. de iniur.* & merito, quia ab his duplici de caussa iniuria abesse intelligitur: primum quod iure faciunt, qui iure publico in his utuntur. Iuris autem exsecutio non habet iniuriam, inquit Ulpianus in *d. L. iniuriarum*, §. 1. scilicet quia non est iniuria, nisi cum fit aliquid non iure. *L.* 1. *D. eod.* Deinde quia abest ab his iniuriæ faciendi affectus, quos constat ideo facere, quia iure cogebantur. Et hanc quoque rationem complexus videtur Ulpianus in *d. L. iniuriarum*, §. 1. Voluntariæ faciendi caussæ non improbabiles sunt complures, quæ in iis quæ supra iniuriam habere diximus, animum a facienda iniuria longe alienum ostendunt, eoque & facientem ab iniuriæ etiam suspicione tutum actione iniuriarum liberant. Cuiusmodi sunt hæ, si quid fiat ioci, & colludendi caussa; si honoris & officii; si docendi & instituendi gratia. Ioci est, ut si quis iocans sodali convitium faciat, aut eum pulset, si inter certandum unus alium percutiat. Et hi iniuriarum non tenentur. *L.* 3. *L. item*, §. *meminisse*, *D. de iniur.* Officii est, si quis amicus aut cliens matronam honoris caussa assectatur. Ne hic quidem tenetur iniuriarum. *d. L. item*, §. *meminisse*. Docendi & instituendi caussa est omnis castigatio, quam præceptor aut magister in pueros disciplinæ suæ commissos adhibeat. Hos igitur si magistri pulsent, aut verberent, aut his convitientur, iniuriarum non tenentur. Absunt enim ab iniuria duabus de caussis: & quod affectui iniuriæ faciendæ contraria est docendi, idest bene faciendi cogitatio: & quod modica ista castigatio magistris concessa est, ut cum eam iure suo exercent, non possit iniuriam, idest non iure facere videri. Hoc in *L.* 5. §. *ult. seq. D. ad leg. Aquil.*

X. Etiam in iis quæ dicuntur, scribun-

turve ad alterius infamiam, alterum exigimus ad obligationem & actionem iniuriarum, ut læsus sit, qui illa quæ obiiciuntur, non admisit. Cæterum, inquit Paulus, eum qui nocentem infamavit, non est bonum & æquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & [8] oportet & expedit. *L. eum qui nocentem*, *D. de iniur.*

XI. Est & tertia conditio, quæ in omnibus dictis factisve ad iniuriam alterius pertinentibus iniuriarum actionem admittat, si quis iniuriam ad animum suum statim revocaverit. Quod fit, si quid fecit, dixitve, quo declararet, se id quod factum est pro iniuria habere, etsi non est minatus se iniuriam persecuturum. Quod si non revocavit, & uno verbo si dissimulavit iniuriam, iniuriarum agere non potest. Non tam tamen quia ab initio facta iniuria non sit, & nata iniuriarum actio; quam quod iniuria eiusque actio sit remissa; quam semel remissam ex pœnitentia revocare non licet. Idque est quod dicitur, iniuriam dissimulatione [9] aboleri. §. *ult. Inst. de iniur. L. non solum*, §. 1. *D. eod.*

XII. Cum ergo hæc concurrent, ut cum quid eorum factum erit, quibus iniuriam inferri diximus, etiam iniuriæ faciendæ caussa factum sit, & innocens infamatus, & qui passus est, non dissimulaverit iniuriam: tum locus erit iniuriarum actioni. Hæc duplex est constituta. Nam de omni iniuria potest is qui passus est, vel criminaliter agere, vel civiliter. Criminaliter, ut fit accusatio criminis ad coercitionem extraordinariam comparata. §. *in summa*, *Inst. de iniur.* & subscriptio in crimen, ut fit in omni alia accusatione. *L. ult. D. de furt.* Pœna autem ea, quæ traditur in *L. ult. D. de iniur. d.* §. *in summa*, *Inst. eod.* de qua actione nunc non agimus. Civiliter, ut fit actio iniuriarum privata, quam nunc quærimus, na-

8) Quo faciunt illa Horatii 2. *Sat.* 1. *in fin.*

. Si quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipse:
Solventur risu tabulæ, tu missus abibis.

Sed hæc ita si reipublicæ expediat crimen obiectum notum esse veluti si quis furem, latronem, homicidam vocet, probare paratus. Secus si reipublicæ non interfit illud detegi, maxime si a culpa eius, cui convicium fit, non profectum: ut si claudum quis vocet, gibbosum, ebrium, pauperem, filium meretricis. Gomez. 3. *Resol.* 6. *n.* 2. Gail. 2. *Obs.* 99. Thomas Actius *de Privileg. infirmat. P.* 2. *lit. I.* verbo *Iniuriosa*. Fachin. 9. *Contr.* 10. Bron. 4. *Ass.* 77. Tametsi Nicolaus Gosso *in Comm. ad Consuet. Atrebat. Art.* 19. si quis spurium vere, ita appellaverit, non teneri velit, cum publice expediat spurios ab ingenue natis internosci, ut ab honoribus arceantur. Alii tamen convitii veritatem non eximere iudicio iniuriarum, quantumcunque reipublicæ intersit id detegi, si non vindicandæ utilitatis publicæ caussa, sed iniuriandi libidine effusum, Rob. 2. *Sent.* 7. Covar. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 6. & 7. quia pravus animus revelantis rem iniquam efficiat. Animum autem inde æstimari statuit, si absque caussa & utilitate eius negotii, quod tractatur, obiectum sit, ut si in iudicio quis crimen exprobraverit, quod nihil ad iuris sui comprobationem vel defensionem pertinet. Posita tamen hac opinione, certum puto ad palinodiam urgeri non posse probare paratum. Ad nullam enim famæ restitutionem teneri quis potest ei, qui famæ iure iam privatus est, Freher. *Lib* 3. *de Infam. C.* 24. *n.* 3. absonumque est, ut qui verum dixit, id recantet, Parlador. 1. *Rer. Quotid* 17. *n* 33. Moller. *ad Nov. Sax.* 42. *P.* 4. *n.* 20. Everhard. Iunior. *Cons.* 66. *n.* 1. *Vol.* 1.

9) Quod singulare esse, tradit Ant. Fab. *ad L.* 9. *de neg. gest.* (cum alias actio nuda voluntate creditoris non tollatur *d. L.* 9. imo ne pacto quidem ipso iure,) favore conservandæ concordiæ indoctum, cum non simpliciter actio ex iniuria nascatur, sed ita si ad animum revocata. Remissa tamen iniuria reali, damna, expensæ, ac id, quod interest, remissa non censentur, Gomez. 3. *Resol.* 6. *n.* 12.

ta ex obligatione privata, qua se obstringit qui iniuriam fecit, ei qui iniuriam passus est. Civilis ideo [10] dicta, quia hac actione civis cum cive agit de re privata & familiari ad se pertinente. Hic enim persequitur pœnam pecuniariam, quæ ipsi dependatur, non fisco, aut Reipublicæ. Quod non item fit in accusatione & actione criminali, ubi agitur quidem cum cive; sed Respublica agit, non civis. Etsi enim accusator homo privatus est, & civis: tamen non suo nomine agit, sed Reipublicæ, cum res spectet ad vindictam & pœnam criminis, quæ Reipublicæ penditur, non accusatori. Unde in extraordinaria coercitione, quæ accusatione criminis peragitur, dicitur vigor publicæ disciplinæ versari. *L. locatio*, *§. quod illicite*, *D. de publ.*

XIII. Iniuriarum actio privata & civilis pœnam habet legitimam. Pœna olim ex lege duodecim tabularum ob membrum ruptum [11] talio fuit: cæterarum iniuriarum nomine pœna pecuniaria. Post antiquata ea lege ex edictis prætorum in totum pecuniaria esse cœpit, ut & nunc est. Sic autem constituitur, ut qui iniuriarum agit, iniuriam æstimet, ad certam summam, quam petat: hanc autem magistratus, apud quem agitur, moderetur, uti quæque res erit, id est, sequatur, si videtur non magna æstimatio. Sin videtur maior iusto, hanc temperet, deque eo statuat pro levitate, aut [12] atrocitate iniuriæ. Hoc in *§. pœna*, *Inst. de iniur. L. item*, *§. quod ait*, *D. eod.* Hinc quæsitum, quod ad hanc æstimationem pertinet, quæ sit atrox iniuria, & quibus rebus ea æstimetur. De quo dilucide scriptum est in *§. atrox*, *Inst. de iniur. L. prætor*, *§. ult.* & 2. seqq. *D. eod.*

XIV. Hæc actio ex obligatione est, constituta ei & adversus eum ad quos ea res pertinet. Constituta est igitur iniuriam passo ad iniuriæ acceptæ levationem. Patitur quis iniuriam non tantum per semetipsum, sed etiam per alios. Per semetipsum, quisquis in corpore, libertate, existimatione sua ipsius quid eorum passus est, quibus supra iniuriam inferri diximus. Per alios is, ad quem iniuria aliis facta æque pertinet. In quo numero sunt sex; dominus, pater, maritus, socer uxoris, sponsus, heres. Dominus quidem si eius servo, [13] pater si filio quem in potestate habet; maritus si uxori; socer si nurui, cum maritum in potestate haberet; sponsus si sponsæ; heres si defuncto; aut funeri defuncti iniuria [14] facta sit. *L. 1. §. item*, *§. quoties*, *D. de iniur. §. patitur*, *Institution. eod.* Dum tamen in iniuria servo facta hoc moneamus, dominum non ob quamlibet iniuriam servo illatam agere posse iniuriarum: sed ita, si atrociter verberatus sit, aut pudicitia eius attentata; ob convitium autem ei factum, vel si quis eum pugno percusserit, nullam esse actionem. Hæc sententia *d. §. patitur*, *Institution.* De sponso quod dixi, est in *L. item*, *§. sponsum*, *D. eod.* Ergo his omnibus iniuriarum actio est: excepto servo, cui nulla iniuria fieri intelligitur, sed domino tantum per eum fieri videtur. *d. §. patitur*. Etsi iis iniuria facta erit, per quos etiam ad alios redundat iniuria: eveniet eodem tempore, ut utrisque actio iniuriarum suo nomine acquiratur. *d. §. patitur*, in princip. Neque quidquam hic distinguemus, inter liberos homines quinam sint ii, adversus quos quid eorum factum sit, quibus iniuriam contineri diximus: iine qui intelligant, quid actum sit, an qui non intelligant. Etiam impuberibus & furiosis læsis, placet hos iniuriam pati videri quanvis inferre non possint, & simul acquiri his iniuriarum actionem, quanvis constet eos iniuriam ad animum suum revocare non posse. *L. 3. D. de iniur.* Unde intelligimus quod dicitur iniuriam dissimulatione aboleri, ubi quis iniuriam ad animum suum non revocavit, ad eos pertinere, qui intelligant, quod agatur, & iniuriæ sensu tangi possunt; ad impuberes autem & furiosos non pertinere.

10) Estque annalis nec heredi nec in heredem datur, lite cum defuncto non contestata. *L. 13. pr. L. 15. §. 14. b. t.* Num vero idem in actione de iniuria reali, quæ ex lege Cornelia? vid. Gomez. 3. *Resol. 6. n.* 16. Fachin. 9. *Contr.* 7. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 20.

11) Agell. 20. *Noct.* 1. Forner. 2. *Select.* 29. Quo pœnæ iure Sax. *Nov. Elect. Sax.* 42. *P.* 4. Beust. *ad L.* 9. *§. 2. de Iurei. n.* 11. *&* 12. post alios P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 10. *lit. E.* De actione ad Palinodiam Gail. 1. *Obs.* 65. Moll. 1. *Semestr.* 23. Palinodiæ loco veteribus erat ritus satisfactionis interpositione iuramenti, qua qui læserant, iurabant se agnoscere, quod indigno iniuriam intulissent, & ei nolle factam. Terent. *Adelph. Act.* 2. *Sc.* 1. Plaut. *Amphitr. Act.* 3. *Sc.* 2. P. Nann. 2. *Misc.* 7. Turneb. 18. *Adversar.* 25.

12) Scite Salvian. *Lib.* 7. *de Provid.* DEI. Semper per dignitatem iniuriam perferentis, crescit culpa facientis, quia necesse est, quanto maior est persona, quæ contumeliam patitur, tanto maior sit noxia eius, qui facit, Ræv. 2. *Var.* 9. ubi recte notat Cuiacius qui 5. *Sent. Pauli* 4. *&* 9. *Obs.* 16. verba: *Prætoris in conspectu* emendat, reponens *in populi Romani conspectu*, quem acerbius reprehendit Forner. 1. *Select.* 21. ubi vid. De atrocium leviorumve iniuriarum gradibus pluribus Menoch. *Arb. Cas.* 263. Farin. *Q. crimin.* 105. *n.* 175. *&* *seq.*

13) Ac etsi filius iniuriam remiserit, pactusve sit ne agat, pater agere potest *L.* 30. *pr. de pact.* ubi Hot. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 15. *n.* 7. Facit *L.* 26. *L.* 41. *b. t.* Num pater iniuriarum actionem filio competentem remittere possit, vid. P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 18. *lit. C.*

14) Iniuria uni de familia facta quatenus consanguineos afficiat, vid. Menoch. *Arb. Cas.* 262.

re. Merito. Frustra enim revocationem ad animum exigamus, qui velle & affici ad eam rem non possunt.

XV. Est autem actio non solum adversus eum qui fecit iniuriam, puta qui percussit: verum adversus eum quoque qui dolo fecit, vel mandando persuadendove [15] procuravit, ut iniuria fieret. Unde fit, ut si unius mandato alius fecerit iniuriam, recte placeat tam eum qui mandavit, quam eum qui suscepit, teneri iniuriarum.

XVI. Exitus iudicii hic est, ut iniuriarum damnatus non tantum pœnam pecuniariam debeat, in quam condemnatus est; sed & notetur infamia. *L. 1. D. de his qui not. inf.* Et si ob libellum famosum damnatus sit, fiat ex lege intestabilis. *L. lex Cornelia, §. pen. D. de iniur. L. ob carmen, D. de testib.* Atque hæc iniuriæ descriptio & obligatio est: privatæ quidem, sed tamen communis, quæ ut omnibus fieri potest, ita cuicumque facta sit, tenetur una & eadem ista actione iniuriarum. Est, ut dixi, inter privatas iniurias genus quoddam peculiare, quod proprie admitti placuit in eos, qui ex edicto in ios vocari non possunt, & contra edictum vocati sunt: de quibus cautum est edicto de in ius vocando. *L. 2. L. 4. D. de in ius voc.* Hæc vocatio iniuria quædam est: certe ita haberi prætores voluerunt. Sed ea iniuria, adversus quam certa pœna constituta est, id est quinquaginta aureorum iis, qui in ius vocati sunt, eoque nomine iodiciom in factum. *L. pen. D. de in ius voc.* Eius mentio est in *§. pœnales. Institution. de action.* Cuius iudicii ut longe diversa pœna est ab ea, quæ versatur in actione iniuriarum: ita exitus in ea condemnationis longe dissimilis. Hac actione damnatus non fit infamis. Certa enim summa hic in iudicium venit, non ut in actione iniuriarum iniuria, quæ certa pecunia æstimetur. Sola autem iniuriarum actio in hoc genere delicti infamiam damnato irrogat. *L. 1. D. de his qui not. inf.*

XVII. Sed & hæc posterior species, & illa privatam tantum iniuriam habet. Dixi & popularem iniuriam quamdam esse, eamque esse proprie, quæ in magistratum ut magistratum infertur. Ea autem est, cum contemnitur eius auctoritas in rebus ad iurisdictionem eius pertinentibus. Quod genus & peculiaribus actionibus vindicatur edictis prætorum. In hoc genere duo facta coerceri animadverto. Uoum est, si quis id quod iurisdictionis perpetuæ caussa in [16] albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit. Quo nomine datur in eum quinquaginta aureorom iudicium, quod populare est. Sic enim de eo scriptum est in *L. si quis id quod, D. de iurisd.* ubi hæc pars edicti proponitur & explicatur, & 2. *LL.* seqq. Iudicium, inquam, quinquaginta aureorum, ut in omnibus aliis exemplaribus. Ut autem in Florentinis, quingentorum. Sed prior lectio [17] verior. Posterior enim somma maior est, quam ut satis conveniat ei delicto, & persecutioni privatæ. Tum autem inusitata est edictis prætorum. Prior usitata. Certe in ea parte edicti, quæ est de in ius vocando in eum qui in ius vocarit aliquem contra quam eo edicto cautum est, eiusdem istius summæ quinquaginta aureorum iudicium dari legimus in *L. pen. D. de in ius voc.* Dicitur autem superius iudicium populare, ut intelligamus omnibus e populo agere volentibus esse propositum. Idque ita fieri oportoit, ut quoniam iniuria hic quodammodo Reipublicæ facta est, eoque ad omnes pertinet; ideo etiam publica actione vindicaretur. Cætera cognosce ex *d. L. si quis id.* & *LL.* seqq. *de iur.* Huius actionis mentio fit in *§. pœnales, Institution. de act.* ubi & dicitur actio de albo corrupto. Alterum huius generis factum est, si quis ius dicenti non obtemperaverit: de qua specie est in *L. unica, D. si quis ius dic. non obtemp.* De ea autem constitue ad hanc sententiam: ut liceat omnibus magistratibus præterquam [18] Duumviris, id est exceptis magistratibus municipalibus, adversus eum qui ius dicenti non obtemperaverit, iurisdictionem suam defendere pœnali iudicio, *d. L. 1.* in pr. Id est ut ego inter-

15) *L. 11. pr. L. 15. §. 8. h. t. §. pen. I. h. t.* Paul. 5. *Sent.* 4. §. 19.

16) Album non est paries dealbatus, ut Accursius & DD. quia in *d. L.* 7. §. *ult.* dicitur tolli; murus autem manibus & vi non tollitur: sed aliquod adpensum vel adfixum tabulæ genus, in quo edicta sua prætores describebant, vid. Oldend. *d. Cl.* 1. *Act.* 3. *initio* Cons. 4. *Misc.* 6. Duar. 1. *Disp.* 48. Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisd. C.* 5. *n.* 11. *& seqq.*

17) Sed Florentinam contra DD. vulgo probat Cuiac. 10. *Obs.* 10. Wes. *in Par. de Iurisd. n.* 13. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 2. Et recte. Maiori enim pœna vindicanda magistratus contempta auctoritas. Hodie hanc pœnam eos tenere qui Magistratuum proclamata, & Episcoporum admonitiones, pro foribus ecclesiæ positas corrumpunt, etsi perpetuæ iurisdictionis non sint, vult Menoch. *Arb. Cas.* 281. *n.* 2. *&* 3. Cæterum sunt & alia delicta popularia privata, quæ hinc inde dispersa libris nostris docte collegit, ac exacte pertractat vir Cl. mihique interiori familiaritate coniunctissimus Petr. Theodoric. Iuris in Salana Prof. publ. *Disp. sua criminali* 3.

18) Disp. P. Perrenon, 1. *Animadv.* 26 qui *d. L.* 1. *pr.* emendans pro *tamen* substituit *tantum*. Quomodo & Noricos libros habere refert, sed reprobat Ant. Aug. 3. *Emend. 6. in fin.*

interpretor, cuivis agenti, & iniuriam eius contemptus persequenti pœnale iudicium dare, quo is contemptus vindicetur, ac per metum eius iudicii iurisdictio magistratus defendatur. Unde intelligimus popularem & hanc actionem esse ut superiorem, id est omnibus ex populo esse propositam. Est autem, inquit Ulpianus, *d. L.* 1. in fin. non ad id quod interest, sed quanti ea res est. Bene Baro hæc verba sic accepit, ut sit quanti ea res est. De qua hic agitur, id est [19] quanti contemptus eius, qui ius dicenti non obtemperaverit. Nam de eo contemptu vindicando nunc agitur. Quomodo igitur æstimabitur hic contemptus? Ut iniuria quæ privatis facta est. Hanc certa pecunia æstimat actor, qui iniuriam passus est. Prætor animadvertit. Sic & in hac caussa privatus actor æstimat iniuriam magistratui factam. Hanc magistratus secundum ius potestatis suæ temperabit. Quis videatur ius dicenti non obtemperasse interpretatur Ulpianus in *d. L.* 1. §. 1. Sed obscure. Locum recte explicat [20] Duarenus *Lib.* 1. *Disput. C.* 50.

19) Ita Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 2. C. 4. verba ea non aliud significare, quam verba in pr. *d. L. un.* pœnali iudicio, id est quanti est offensio ac contemptus iurisdictionis. Aliter Duar. 1. *Disp.* 50. & *in Apolog. de Iurisd.* contra Egu. Baron. *n.* 20.

20) Cuius hæc videtur sententia: Si in ius vocanti non parueris, locus non est huic edicto; itemque si iudicium accipere recusas, seu vindicari non pateris (subaudienda enim hic verba, non incidit in pœnam; nec omnino infrequens ellipsis.) Sed si magistratus sponte venire in ius nolentem iussit duci, vel adversarium in possessionem ire, aut ferri, id est tradi adversario rem custodiæ caussa, tum non paruisse videtur. Qui intellectus non usquequaque expeditus videtur. Idem in *Apolog. de Iurisd. n.* 21. *f.* 1109. tum locum esse huic pœnæ cum mulctam dicendo, pignora capiendo &c. ad extremum iurisdictionis potestatisque suæ pervenit, nec ei quid reliquum est, quo ad iudicium subeundum compellat. Alii ut Zas. 1. *Intellect.* 2. & ad *d. L. un. n.* 7. Oldend. Cl. 1. *Act.* 2. *C.* 4. Cuiac. 4. *Obs.* 25. Rob. 4. *Sent.* 21. & 2. *Rec. Lect.* 8. Scip. Gentil. 1. *de Iurisd.* 8. per extremum in iurisdictione exsequutionem, vel magistratus exsequentis iussum intelligunt, quod firmat, reprobatis diversis Ant. Fabri *ad L. un* & P. Grangiani *Parad. C.* 47. expositionibus Petr. Theodorie. *Disp. crimin.* 3. *Th.* 2. Aliter M. Licklama 5. *Membran. Eclog.* 10. Quid de loci sententia ipse suspicer exponere hic non est locus.

C A P. XXVI.

Quæ maleficia sint in res alienas. Damnum quam detur varie: & de servo alieno ac filiofamilias corruptis.

Duo maleficii genera quæ in res alienas inferuntur; damnum, & alieni subtractio. I.
Damnum quid. Infertur aut corruptione rei, aut eo facto, quo res domino pereat. II.
Corruptione ab animo aut corpore. Ab animo servus. III.
De corrupto servo obligatio & actio comprehenditur edicti verbis in L. 1. D. de serv. corr. IV.
Actio datur in duplum eius quanti res erit. Hoc quale sit explicatur. V.
Datur domino directa. VI.
Patri utilis. Quid ista minus habeat. VII.

I. QUæ maleficia inferuntur in res alterius, ea sunt, quibus detrahitur, imminuiturve quid de rebus alienis & patrimonio; ut in summa contineatur hic ea, quam dixi, alieni detractio. Detrahendi alteri, imminuendique eius patrimonii duæ sunt rationes, totidemque genera maleficii, quod in res alienas admittatur; damnum, & alieni subtractio.

II. Damnum, inquit Paulus, ab ademptione, idest a demendo, & quasi deminutione patrimonii dictum est. *L.* 3. *D. de dam. inf.* Ut sit ipsum videlicet ademptio deminutioque patrimonii. Recte hoc ita dicitur, cum originem verbi quærimus. Cum rem, addere debemus, cum quid deminuitur de alieno nullius lucri nostri caussa. Nam si quid hic sit lucri nostri caussa, delictum in alias species proprias cadit, sitque aut furtum, aut rapina, aut extorsio, & concussio, & si quæ sunt aliæ species, quibus aliena subtrahuntur, de quibus postea suo ordine. Damnum omne infertur dupliciter. Aut enim infertur allato interitu vel corruptione rei, ut cum quid alieni interimitur, uritur, frangitur, rumpitur. Aut ipsum salvis & integris rebus contingit ita, ut cum res per se integræ maneant, pereant tamen domino nihilominus; ut, si anulum alienum in flumen quis deiecerit, si animal compeditum solverit, ut fugeret.

III. Res aliena corrumpitur aut ab animo, aut a corpore. Ab animo servus alienus, cuius mores corrumpuntur, qua ex re fit deterior. De eo genere damni actio constituta est edicto, quod est de servo corrupto.

IV. Obligationis & actionis summa ea, quæ comprehensa est verbis edicti, quod exstat in *L.* 1. *D. de serv. cor.* verba hæc sunt: *Qui servum servamve alienum alienam recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eamve deteriorem faceret: in eam quanti ea res erit in duplum iudicium dabo.* Est ergo hæc actio adversus eum, qui corruptis servi moribus, aut eum recipiendo, aut hortatu consiliove suo eum deteriorem fecit. Quod accidit maxime his modis; si ea re servus aut fugit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœpit; ut hoc explicatur in *§. in duplum, Inst. de act.*

V. Constituitur actio in duplum eius, quanti ea res erit. Quibus verbis non continetur tantum servi corrupti æstimatio, qui postquam corruptus est, minoris esse cœpit: sed omne damnum, quod propter corruptelam servi domino contigit. In quo propter æstimationem servi hæc insunt; æstimatio rerum, quas fugiens servus secum abstulit, aut quas dilapidavit corruptus; item operarum servi, quibus servo emanente, aut cessatore facto dominus caruit. *L. si quis servum, §. ult. L. seq. D. de serv. corr.*

VI. Hæc actio cum damni sarciendi caussa constituta sit, quod ob corruptelam contigit, ut modo diximus, idque damnum sit solius domini in re sua, quin domino constituta sit, dubitari non oportet. Nam nec actio legis Aquiliæ, quæ de aperto damno constituta est, alii quam domino competit. *L.* 2. *L. item Mela, §. legis, D. ad leg. Aquil.*

VII. Est autem actio solum constituta de servo corrupto. De filio autem filiave familias similiter corruptis nulla nominatim constituta patri. Quippe servus noster res aliena est, ut qui sit in dominio & patrimonio domini. Ideo si quid hic servo corrupto damni datum est, merito ut rei & patrimonio suo detractum dominus persequitur. Filiusfamilias etsi in potestate est, non tamen est in dominio patris, cum sit liber. *L. ut tantum, §.* 1. *D. de serv. corr.* Verumtamen iure Romano propter patriam potestatem sic habetur filiusfamilias, ut quodammodo existimetur esse patris. Unde & vindicari eum posse a patre placuit, dum adiecta caussa ex iure Quiritum, ut est in *L.* 1. *§.* 1. *D. de rei vind.* Hinc admissa & de filiofamilias adversus eum, qui similiter corruperit, eumve deteriorem fecerit, actio. Sic tamen, ut quæ de servo datur hoc nomine directa, ea de filiofamilias competat utilis; ex sententia scilicet superioris edicti. Actio huc spectans, ut officio iudicis æstimetur quanti nostra intersit animum liberorum nostrorum non corrumpi. Hoc in *d. L. ut tantum, §.* 1. *D. de ser. corr.* Sed actio, in quam non eadem veniunt per omnia, quæ in actionem de servo corrupto. Æstimatio quidem filiifamilias, ut æstimetur quanto minoris esse cœpit propter corruptelam, in hanc actionem non venit, ac nec potest: quia liberum corpus non recipit æstimationem. *L. ult. D. de his qui deiecer. vel effud.* Sed venit reliquum damnum omne, quod pater ob eam caussam passus est, & potest æstimari. In quo hæc sunt; operarum æstimatio filiifamilias opificis, quibus pater prius iure suo utebatur, ac propter filium corruptum uti posse desiit. Item æstimatio earum rerum, quas filius aut dilapidavit, aut fugiens secum abstulit. *d. L. ult. D. de his qui deiec. vel effud.*



C A P. XXVII.

De damno dato, quod corruptione corporis contingit: quod vindicatur lege Aquilia: & de arboribus furtim cæsis.

Rei alienæ a corpore corruptæ damnum vindicatur ex L. Aquilia. I.
Etiam datum culpa levissima. II.
Culpa datum intelligitur, quoties probabili atque iusta ratione illa non amoveatur. Ratio duplex. III.
1. *Si iure fecit. Quæ id genus facta.* IV.
2. *Si fecit casu, quem culpa nulla præcesserit.* V.
Damno culpa dato reparando datur ex L. Aquilia *actio*, quanti ea res erit. *Quod cuiusmodi sit, explicatur.* VI.
Rei occisæ aut vulneratæ datur actio domino directa, si res ea sit in commercio; utilis autem si secus: posterior hæc etiam fructuario & usuario. VII.
Directa datur adversus eum qui occidit, rupitve, aut damni caussam dedit corpore; si alio quolibet facto nocuit, utilis adversus illum. VIII.
Alia quædam pertinere ad L. Aquiliam *quæ aut ex rebus, aut modo, aut tempore damna ingravescunt; quæ illa: & quid singulare habeat horum persecutio.* IX.

I. A Corpore si res aliena corrumpitur, id damnum est, quod lege Aquilia vindicatur. *L.* 1. *D. ad leg. Aquil. Inst. eod. tit.* in pr. Contingit autem id damnum his rebus, cum aut servus vel aliud animal occiditur, aut eum quidquid est allarum rerum, uritur, frangitur, rumpitur. Ac de his rebus ea lege cautum est. De interemptione primo capite: de reliquo damno capite tertio. Nam secundum non [1] est in usu. Hæc in *L.* 2. *L. si servus*, *§. huius*, *D. ad leg. Aquil. Inst. eod.* in pr. & *§. capite*. Ita in summa lex est utroque capite de superiore damno dato. De quo & actio ea lege constituitur. Non tamen simpliciter si quis damnum faxit, ut sunt verba capitis tertii, sed si fecerit iniuria. Quæ conditio utroque capite nominatim adiecta est. Unde ubique actio dicta de damno iniuria dato, vel de damno iniuria, ut subaudiatur dato; ut in *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Vel actio damni iniuriæ, ut non semel legitur in Institutionibus, puta *Inst. eod.* in pr. & *§. in duplum*, *§. sed furti*, *Inst. de act.*

II. Iniuria damnum datum sic acceperunt veteres, non iure datum, id est culpa. *L.* 5. *§. iniuriam*, *D. ad leg. Aquil.* §. 1. *Inst. eod.* Ut intelligamus non solum eum teneri hac lege ob damnum datum, qui dedit sciens prudens dolo malo, sed & qui per imperitiam aut nihil minus cogitans quam damnum dare, si dedit culpa. Usque adeo, ut placeat eum teneri, qui damnum dedit culpa etiam levissima. Idque est, quod dicitur, in lege Aquilia & levissimam culpam venire. *L. in lege*, 44. *D. ad leg. Aquil.* Ea autem culpa hoc verbo intelligenda est, cum quod a diligente provideri potuit, ne quid damni ex re aliqua accideret, non est provisum. Exstat definitio in *L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* Exempla passim occurrent sub *Tit. ad leg. Aquil. D.* potissimum autem ac velut ex professo colliguntur continenter in *L.* 5. *§. ult.* & *LL.* 6. seqq. *eod. tit.*

III. Illud quæretur, quibus rebus constet & deprehendatur hæc culpa. Brevis & compendiaria ad id consequendum via est, si quæramus, non quæ genera culpæ sint, quod est infiniti laboris, & ad certitudinem docendi proprie inutile, cum quotidie nova facta emergere possint, de quibus dubites an in his culpa admittatur:

1) Quod id fuerit, qua de re caverit, a multis inquiritur. Cuiac. *in Par. D. & C. h. t.* putat id fuisse de intercepta nobis utilitate aliqua. Quod reprobat Freher. 2. *Parerg.* 3. ut & quasdam aliorum coniectationes. Ipse putat cavisse de damno a quadrupede dato, quod pauperis vocatur de qua ait (1) cavisse *L. decemviralem*, ut de quovis alio damno, deinde quod *L. Aquilia* sanxerit de eodem credibile esse, cum 1. caput sit de pecude, servove, qui pecudi exæquatur, occiso, conveniens ut 2 sit de pecude occidente. Abiisse autem in desuetudinem, quia L. Aquilia promiserit actionem de damno iniuria dato, prudentes vero docebant hanc non esse iniuriam, ideoque actionem hanc frequentari desiisse in eo damno, revocata legitima actione ex XII. tabulis. Sed & hæc non immerito displicent Arumæo *ex Instin.* 17. *Th.* 12. & *Disp. Pand.* 10. *Th.* 4. *per L.* 1. *h. t.* Nec probabile est decem viros putasse a bruto animali inferri posse iniuriam. Quare cum Chifletio eo de servo corrupto actum conicit arg. *L.* 5. §. 2. *de furt.* Cæterum de hac materia plene a nostro hic non tractata, quia, ut modus sit notatorum, omnia quæ desunt supplere non licet, malo hic nihil quam pauca adnotare, vid. Tractat. illius method. *ad h. tit. C. in sp. post.* P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 12. & *seqq.*

tur: sed quibus rebus fiat, ne sit culpa. Culpæ admittendæ modi ut dixi, infiniti & incerti: at res quibus culpa amovetur, certæ & finitæ, atque eædem paucæ. Ad has igitur certitudo præceptionis transferenda est. Sic ergo facilis & expedita definitio est, ut statuamus omne damnum datum culpa datum videri, eoque pertinere ad coercitionem legis Aquiliæ, nisi qui damnum dedit iusta aliqua ratione defendatur, cur id fecerit. Iusta in hac re defensio omnino duplex. Una, si quis quod fecit, iure fecit. Altera, si fecit casu quem nulla facientis culpa præcesserit.

IV. Iure fecisse intelligitur, qui adversus vim ad defensionem sui fecit, cum aliter periculum effugere non posset. Ut si quis aggressorem servum, si taurum irruentem occiderit. Vim vi repellere, omnes leges, omnia iura permittunt. *L.* 4. *L.* 5. *L. scientiam*, §. *si cum aliter*, *D. ad leg. Aquil. L.* 1. §. *vim vi*, *D. de vi*, *L.* 3. *D. de iust. & iur.* si incendii arcendi gratia vicinas ædes conflagrantes intercidit, dissipavit. *L. si quis fumo*, §. 1. *D. ad leg. Aquil. L.* 3. § *pen. D. de inc. rui. nauf.* Idem est, si quis furem nocturnum occiderit; aut occiderit interdiu deprehensum, si se telo defendat, quod iure concessum est: utrumque dum modo id ipsum cum clamore testificetur. *d. L.* 4. *ad leg. Aquil.* Sed & magistratus si quid adversus resistentem fecerit violentius, ac propterea quid ruperit, nihil facit iniuria, qui facit iure licito, & iure honoris, quem sustinet. *L.* 3. *D. quod met. caus. L. iniuriarum*, §. 1. *D. de iniur.* Ideo nec tenetur lege Aquilia. *L. quemadmodum*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.*

V. Casus in damno dato ita excusationem habet, si eum nulla facientis culpa præcesserit. Quod duobus modis accidit. Uno, si qui fecit, cum casum prævidere humana providentia non potuit. Altero, si cum posset prævidere, curare non debuit. Fecit casu, quem prævidere non posset, exempli gratia qui ramum ex arbore, aut tegulam e tecto in suum locum privatum deiecit, in quo nesciret, nec posset suspicari quemquam esse, & vel hominem, vel pecudem quæ illic occultabatur; aut temere prætereuntem occidit, vel læsit. *d. L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* Ut quis casum quem prævidere poterat, curare tamen non debuerit, & si inciderit, sit extra culpam, duobus modis consequitur. Unus est, si cum aliquid deiiceret ex arbore, vel ædibus suis in locum publicum, cum deiicere necesse haberet pro commodo suo, ante proclamaverit ita ut is casus evitari posset. *d. L. si putator*, *L. qui foveas*, *ad leg. Aquil.* Alter est, si quis ne proclamavit quidem, cum quid emitteret, sed fecit in eo loco, in quo publice faciendi ius esset, & scirent omnes periculum ibi cavendum esse. Ut, si quis in ludo iaculatorio, cum esset ex iis quibus iaculandi ius erat, sagittam ad scopum sit iaculatus; & casu prætereuntem traiecerit. *L. item si*, 9. §. *ult.* & *L. seq. D. ad leg. Aquil.* §. 1. *Inst. eod.* Nam primum quidem illum qui in suum privatum deiecit, iusta ignorantia, & quod in suo fecit, satis defendit. Posteriores non tam sunt extra culpam, quamquam & ipsi culpa vacant, qui & iure suo illa quæ dixi, fecerunt; quam eorum culpa est, qui damnum acceperunt, qui cum periculum prævidere, idque possent evitare, ac deberent, maluerunt se in id conicere.

VI. Damno ita dato, ut non probetur ab eo qui dedit, culpa absuisse, constituta est lege Aquilia ea nomine actio in id quanti ea res est, ut verbis utriusque capitis superioris diserte comprehensum est. Hæc verba, quanti ea res erit, sic accepta sunt, non quanti erit ea res, quæ occisa aut deterior facta est: sed quanti id damnum omne, quod ob rem corruptam contingit, sive sit æstimatio rei interemptæ aut deterioris factæ, sive quid aliud extrinsecus, quod propterea vel amissum, vel cum certo quæri posset, quæsitum non est. Quod quid sit, & quæ res in eo numerentur exemplis ad eam rem accommodatis explicatur in *L. ait lex*, § *ult.* & *LL. seqq. D. ad leg. Aquil.* §. *illud non ex verbis*, *Institution. eod.* Sed ad hanc iusti damni æstimationem adiecta est pœna lege Aquilia, eaque duplex: in confitentem quidem una; adversus infitiantem autem etiam altera. Nam ut maxime quis actione legis Aquiliæ conventus fateatur damnum a se datum; tamen & primo capite legis, tertia constituitur actio in id, non quanti tunc res erit cum damnum datum est; sed quanti fuit retro versus, aut in eo anno, aut in iis triginta diebus proximis, quibus res occisa, aut rupta est. In eo anno, cum servus, aut quadrupes, quæ pecudum numero sit, occisa erit. In diebus triginta, cum aut alia animalia occisa erunt, aut res quævis tantum rupta aut deterior facta. *d. L.* 2. *d. L. si servus*, §. *huius*, *ad leg. Aquil.* In quo inest aperte hæc pœna, ut si in eo anno, vel in his diebus triginta quadrupes aliquando pluris fuit, puta viginti, deinde deterior facta cœperit valere tantum quin-

que, sic denique ab aliquo intra id tempus occisa sit; condemnatio adversus eum qui deliquit fiat, non in quinque quanti res tunc fuit, cum occisa est: sed in viginti, quanti plurimi anno vel mense proximo fuerat. *L. ait*, *L. inde*, *§. idem Iulianus*, *D. ad leg. Aq. §. his autem*, *§. illud palam est*, *Inst. eod.* Atque hæc pœna, ut dixi, etiam in confitentem. Adversus infitiantem autem in duplum actio est. *L. 2. L. inde*, *§. hæc actio*, *D. ad leg. Aq. §. sed furti*, *Inst. de act.*

VII. Constituta est hæc actio domino, cuius res occisa, aut deterior facta est, ut utroque capite legis expressum est. *D. L. 2. d. L. si servus*, *§. huius*, *L. item*, *Mela*, *§. legis*, *ad leg. Aq.* Proinde si res est in commerciis, quanvis in eodem facto duorum intersit damnum datum non esse, ut domini, & eius cui res commodata, aut pignori data erat: tamen domino soli dabitur actio damni nomine, non ei cuius alioqui damnum datum non esse interest, etsi hoc aliter in actione furti observatur. Quod si res in commerciis non erit, ut si filiusfamilias, aut paterfamilias vulneratus fuerit: cessabit directa actio legis Aquiliæ; quia neque pater filii sui dominus est, neque quisquam sui ipsius. Sed placet hoc casu & ambos utilem actionem habere suo nomine, & patrem ex persona filii, si quod damnum ex ea re passus sit. *L. 13. L. qua actione*, in pr. *D. ad leg. Aquil.* In quod iudicium veniet non deformitatis æstimatio, quum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus qui esset inutilis factus. *L. 3. D. si quadrup. paup. fec. dic. d. L. qua actione*, *D. ad leg. Aquil.* Quod tamen domino soli hanc actionem dari dicimus, si res sit in commerciis, sic accipiemus, ut fructuarius & usuarius contineantur, non ut his detur directa actio legis Aquiliæ, sed utilis, re fructuaria rupta aut occisa. *L. item Mela*, *§. ult.* & *L. seq. D. ad leg. Aquil. L. locum*, *§. ult. D. de usufr.*

VIII. Constituta autem actio est nominatim iisdem capitibus adversus eum qui occidit, rupitve iniuria, id est qui damnum dedit. Is enim est qui deliquit, & qui delinquendo se obligavit. Damnum dedisse intelligitur, non tantum qui ipse recte occidit, aut rupit; sed etiam qui huius damni & corruptionis caussam corpore suo dedit. Veluti, si quis in stipulam suam, vel spinam comburendæ eius caussa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, cum potuisset præcavere. *L. qui occidit*, *§. ult. D. ad leg. Aquil.* Sed hoc, inquam, quod damni occasionem præbuit, si quis corpore suo fecerit, ut verba legis concepta sunt. Quod si quis neque in re sua, neque in aliena corpore suo quidquam occidit, rupitve: quanvis occasionem alienæ rei interimendæ aut corrumpendæ quovis alio facto dederit, verbis legis non tenetur. Placet tamen adversus eum [2] utilem actionem esse legis Aquiliæ ut de re vere interempta aut corrupta ab eo, qui eius damni caussam attulit. Veluti si quis pecus alienum ita egerit, & exercuerit vexando, ut rumperetur, aut ut se ex aliquo loco præcipitaret. Hoc in *§. ult.* in fin. *Inst. de leg. Aquil.*

IX. Atque hæc omnium damnorum datorum nomine quæ corruptis rebus contingant, communis obligatio & pœna est. In his singulares quædam sunt, numero quatuor, in quibus pariter quidem damnum datur, ut in cæteris, nec minus damnum datum ad legem Aquiliam pertinet, quam damna cætera: sed in his crescit damni crimen ob certas circumstantias. Quamobrem & in his hoc ipsum damnum maiore pœna coercetur. Crescit autem damni dati crimen alias ex rebus, in quibus damnum datur; alias ex modo nocendi; alias ex tempore damni dati. Ex rebus, in arboribus furtim cæsis. Nam cum his vita humana ad innumeros usus carere non possit, hoc accidit incommodum, quod his semel cæsis, aliæ in cæsarum locum aut nunquam, aut non nisi longo post tempore restitui possunt. Hinc ut in graviore delicto arborum furtim cæsarum nomine actio constituta est lege duodecim tabularum in duplum. De qua specie est sub *Tit. De arb. furt. cæs.* Actio plane de damno dato: ideoque ex eadem caussa, ex qua actio legis Aquiliæ. Unde & hæ actiones huius damni nomine concurrunt. *L. 1. L. 5. §. 1. D. eod. tit.* Sed tamen huius posterioris pœna in duplum. In quo placet duplari id quod interest domini arbores non lædi. Ipsarumque arborum pretium deduci, ut eius quod superest, fiat æstimatio. *L. furtum*, *§. ult.* & *L. facienda*, *seq. D. eod.* Quæ cor-

2) Si tamen in corpus. Quod si neque corpore, neque in corpus, sed alio facto, actio in factum ab utili actione L. Aquiliæ distincta *d. §. ult. in fin.* licet Barth. Faius *in Supplemento ad Connan. 7. Com. 15. n. 10.* Tribonianum has actiones nullo veterum exemplo distinxisse velit.

corpora arborum numero habeantur; quid sit cædere, quid sit furtim, & cur additum, ex eo ipso titulo cognoscendum est, ubi hæc dilucide explicantur. Ex modo nocendi crescit maleficium damni dati, si damnum datum sit hominibus coactis, ad terrorem videlicet. Qua in specie actio constituta est in quadruplum adversus eos qui id admiserunt: constituta eodem edicto, quo de vi bonorum raptorum cautum est. Exstat edictum, & eius explicatio in *L.* 2. *D. de vi bon. rapt.* Ex tempore damni dati crescit maleficium duabus in caussis. Una, si damnum datum sit in turba, seu in tumultu. Qua in specie actio constituta est adversus eum qui damnum dedit, in duplum. Exstat hæc pars edicti, & interpretatio in *L.* 4. *D. de vi bon. rapt.* Altera caussa est, si quid damni datum sit ex incendio, ruina, naufragio, nave, rate expugnata. Hæc enim tempora sunt, quibus maxime calamitatem eorum, qui superiora passi sunt, sublevari oportebat. Quo maius & indignius flagitium est id non facere, sed etiam ex his temporibus captare nocendi & novas calamitates infligendi occasionem. Ideo hoc nomine in eos qui damnum fecerunt actio constituta est in quadruplum. *L.* 1. & toto tit. *D. de inc. ruin. naufr.* ubi & alias pœnas graviores adversus huiusmodi facta constitutas legere est.

CAP. XXVIII.

De damnis datis, quæ integris & incorruptis rebus alienis contingunt. Quam varie hæc dentur: & quæ sint eo nomine iure proditæ actiones.

Damnum quod infertur salvis & integris alienis rebus ad exemplum L. Aquiliæ *vindicari. Huius duplex genus, & quale utrumque.* I.

Primum, & ex quo res integra domino perit, accidit tribus modis, & qui sint. Hi vindicantur actione in factum L. Aquiliæ *subsidiaria.* II.

Secundum ex facto nascitur, ex quo quis in damnum rei familiaris incidit. Huius generis species quinque. III.

Prima *eius, qui dolo malo mutandi iudicii caussa rem alienavit, & eo deteriorem alterius conditionem fecit.* IV.

Secunda *eius, qui in libello plus debito complexus est. Actio in hunc tripli constituta.* V.

Tertia *eius, qui in ius vocatum vi exemit. Quæ huius damni sarciendi ratio.* VI.

Quarta *eius, qui dolo fecit quominus quis vocatus se sisteret iudicio. Qua actione hinc actoris, & illinc rei damno consultum.* VII.

Quinta *& postrema iudicis, qui litem suam fecit. Quando iudex litem suam faciat. Quæ in hunc actio sive actori seu reo comparata.* VIII.

Quatenus Iudex isto nomine teneatur: interest, an dolo, an per imprudentiam male iudicarit. Quid in utroque præstare debeat. IX.

Iudex, qui litem suam fecit, obligatur ex maleficio. X.

I. Non solum damnum tunc est, cum ita imminuitur patrimonium alienum, ut res ipsæ alienæ aut intereant, aut corrumpantur, de quo genere ante diximus, pertinetque aut ad edictum prætoris de servo corrupto aut ad legem Aquiliam: sed etiam cum deminuitur manentibus nihilominus integris & incorruptis alienis rebus: quod genus alterum damni dati initio posuimus. Id autem contingit multis modis, qui & ipsi legibus & iure publico vindicantur. Vindicati in hanc classem omnino referri debent. Hi cum partibus sint plures, ratione ad duo genera recte referuntur. Aut enim aliquid fit in re aliena, quo ea ipsa res abeat a domino suo quanvis integra; ut si quis anulum alienum excusserit de manibus domini, & is deciderit in mare, aut flumen. Aut fit alibi aliquid, unde alius in damnum incidit rei familiaris. Veluti, cum iudex male iudicavit, ex quo per occasionem reus aut actor litis damnum passus est. Si quid fit in re aliqua, unde ea ipsa percat domino integra, aperte non pertinet damnum ad legem Aquiliam, qua lege cavetur de eo damno, cum res aut occiditur, aut corrumpitur. Sed tamen facile intellectum est & hoc ex sententia legis esse, ut vindicetur. Est enim & hic damnum non minus, ubi res deperditur domino. Et damnum eiusdem modi. Quid enim refert, quo modo res sua amittatur domino, corrupta, an integra, si ex

æquo amittitur? Quod cum intelligerent prætores, quod deerat legi Aquiliæ, id supplerunt, in eamque rem proposuerunt actionem in factum accommodatam ad sententiam legis Aquiliæ. Quod utilitas legis postulabat. Sic enim de hac subsidiaria actione in factum scriptum est in *L. quia*, *D. de præscr. verb.* Idque genus est, quod commemoratur in *§. ult.* in fin. *Inst. de leg. Aquil.*

II. Ut res integra hoc genere damni pereat domino, accidit his fere modis tribus, ex quo totidem sunt species, in quibus ex hac caussa isti actioni locus est. Uno modo, cum quis servum alienum, vel aliud animal compeditum solvit, aut stabulo vel cavea inclusum custodia liberat, quo fit, ut illud se proripiat a domino, atque ita domino amittatur. De qua specie est in *d. §. ult.* in fin. *Inst. de leg. Aquil. L. in laqueum*, in fin. *D. de acq. rer. dom.* Altero modo, cum quis fecit, ut res aliena auferretur domino externa aliqua vi, puta maris, aut fluminis, aut raptoris. Veluti, si quis alicui vas aut anulum excussit, qui in mare aut flumen decideret. De qua specie est [1] actio in factum in *L. duo*, *D. de præscr. verb. d. L. in laqueum*, in fin. *D. de acq. rer. dom.* aut si quis domino rem suam excussit per lasciviam quam alius rapuit: fugavit eius pecora, quæ alius excepit: illi rem suam tollere volenti per lasciviam obstitit, & alius abstulit. Quibus casibus in factum datur actio in *§. interdum quoque*, *Institution. de obligat. quæ ex del. nasc.* Tertio modo, cum rem alienam quis ita adiungit suæ; ut cohæreat, eique aliena cedat per prævalentiam, sic ut nec a vetere domino possit vindicari, nec de ea ad exhibendam agi, ut separetur, quod quando accidat, in acquirendis dominiis diximus. Hic apparet rem adiunctam non minus integram manere, quam ante; perire tamen domino, cuius ille dominus esse desiit vindicandi iure amisso. Sed qui rem nunc vindicare non potest, eum placuit de ea re in factum posse agere adversus eum, qui rem suæ iunctam habet, quia ea adiunctione, aut iuncti retentione eius rei damnum detur. Sic est hæc actio de hac specie in *L. in rem*, *§. item quæcumque*, vers. *ideoque*, *D. de rei vind.* In quibus omnibus tum caussis, tum locis cum actionem istam in factum dari legimus: nempe hanc ipsam in factum subsidiariam legis Aquiliæ intelligere debemus, de qua est in *d. L. quia*, *D. de præscr. verb.* Quæ ergo ista est actio? quæret aliquis. Et cum in rem non sit, ut quæ non detur domino: necesse est esse in personam, ut est omnino, *§. 1. Inst. de act. L. actionum*, *D. de obl. & act.* Adversus eum igitur qui nobis obligatus est, ut est natura actionum in personam, *d. L. actionum*. Unde ergo obligatio, quam ex una aliqua ex illis quatuor summis nasci oportet? Ex maleficio videlicet. At quo maleficio? damno culpa dato, quod is dedit, qui amittendæ alienæ rei caussam præbuit. Omnis enim alieni patrimonii deminutio quæ nullius lucri faciendi caussa contigit, damnum est, ut supra definivimus.

III. Alterum genus est damni dati, quod incorruptis rebus alienis contingit, cum aliquid fit in re aliqua, unde quis non in ea re, sed extra eam rem, eo facto tamen, in damnum rei suæ familiaris incidit, dum aut per eam occasionem rem suam aliquam amittit, aut de suo aliquid dependere cogitur. Quod genus damni incidere solet in litibus per occasionem futuræ, aut susceptæ litis, inferturque aut ab actore, aut ab extraneo litis caussa, aut a iudice. Ad hoc genus quinque species pertinere animadverto; de quibus partim edictis, partim constitutionibus cautum est, & ut de damno alii illato actiones propriæ constitutæ.

IV. Prima species est in eo, qui in re aliqua, quam possidet, alium sibi adversarium, eiusque controversiam metuens, dolo malo mutandi iudicii caussa rem alienavit, qua ex re duriorem conditionem ei constituit, Actio constituta in id quod agentis interest alium adversarium non habuisse: id est in damnum rei familiaris, quod ex ea alienatione contigit. [2] *L. 1. L. 4. §. ult. D. de al. iud. mut. caus. fac.* Actio ex delicto, quia ex damno dato. *L. quia*, *7. D. eod.* In quo apparet

1) *L. 27. §. 21. ad L. Aquil. L. 14. §. 2. de præscr. verb.* ubi quod negatur in *d. §. 2.* damni iniuriæ actio dari, intellige de directa, ne obstet *d. §. 21.* ubi datur utilis, vid. Gœd. *ad L. 6. §. 1. de V. S. n.* 20. ubi & actionem hanc in factum esse utilem legis Aquiliæ statuit, sed quæ nec ex verbis, nec ex mente legis, sed illius occasione, ope Prætoris, supplentis id quod legi deerat, inducta, vid. *C. praced. N.* 2.

2) Pertinet id edictum ad futura iudicia. Post litem enim motam rei alienatio ipso iure irrita. Wes. *in Par. du. t, n.* 3. Et pertinet ad vindicationes, actiones in rem scriptas, & mistas. Non ad personales, quia non potest invito creditore alius debitor substitui. *L. 1. C. de novat.* Cuiac. 10. *Obs.* 3. Quia tamen eidem locus opposito durore actore *L. ult. d. t.* quærit Cuiacius quid iuris si invito debitore creditor alteri actionem cesserit. Putat autem vel actionem ipsam vel certe privilegium fori seu aliud ius, si quod ex persona sua habeat cessionarius, denegari, ut perinde sit ac si iudicium esset cum cedente. add. Vital. 1. *Var. Lect.* 17. *n.* 3.

ret aliquid factum in alia re, & ea integra, quo facto adversarius in re sua damnum passus est. Actio alienationem exigit. Quo verbo quid contineatur, cognosce ex *L.* 4. §. *Pedius*, *L.* 8. §. 1. *D. eod.* Exigit alienationem quæ fiat dolo malo simul & iudicii mutandi caussa. *L.* 1. *eod.* & hoc quid sit declaratur in *L.* 4. §. 1. *L.* 9. *L.* 10. *eod.* Exigit præterea duriorem conditionem adversarii. Quod quomodo fiat, partibus suis explicatur in *L.* 1. in fin. *L.* 2. 3. *eod.*

V. Secunda species est in eo, qui adversarium in Ius vocaturus, & libellum actionis editurus, ut ius iubet, complexus est libello conventionis maiorem quantitatem, quam sibi debebatur. Moris erat, ut apparitores, per quos hæc vocatio transigitur, exigerent sportulas, id est operæ suæ salarium, non ab actore, qui opera apparitoris in hac re utebatur; sed a reo, qui conveniebatur. Exigerent autem pro modo & portione quantitatis libello comprehensæ: ut in maiore summa petita necesse esset maiores fieri sportulas. Hinc damnum manifestum rei in hac specie, ubi pro ea quantitate quam non debuit, sportulas pendere cogitur. Quod actor maiorem quantitatem petiit, fecit in re sua, id est in caussa & libello suo. At hinc damnum rei familiaris reo. Et hinc scilicet prcposita actio reo adversus actorem, qui huius damni occasionem dedit. Actio in triplum eius summæ, quam ultra quam oportebat, a reo depensa est. Proponitur hæc actio in §. *tripli*, *Inst. de act.*

VI. Tertia species est in eo, qui eum qui 3 in ius vocatus est, vi exemit. De qua specie est edictum prætoris sub *Tit. Ne quis eum qui in ius vocatus est, vi exim. Digest.* Damni hoc facto dati occasio hæc est. Erat hoc in more veterum iudiciorum apud Romanos, ut qui in ius ab adversario vocatus erat, satisdare deberet se iudicio stiturum in eum diem, de quo inter litigatores convenisset. Ni faceret, in ius ire cogeretur, quam ad rem ab actore duci poterat. De quo dicetur suo loco. Indicat *Tit. D. in ius vocati ut eant, vel satis vel cautum dent.* Ut autem id agebant Prætores, ut qui vocatus erat, ductus in ius veniret: ita cavebant, ne quid in ea re esset impedimenti: inter cætera, ne qui vocatus est, vi eximeretur. Quam ob caussam adversus eum qui vi exemisset, actionem proposuerunt, si quod ea exemptione actori damnum datum esset. Damnum autem hoc esse potuit. Si reus ductus in ius veniat, ubi apud magistratum cogitur respondere & litem contestari: litis contestatæ commoda hæc sunt actori. Si res eius usucapiebatur, quam vindicare voluit, litis contestatione interrumpitur usucapio effectu iuris. *L. nemo*, *C. de acq. pos. L. si post*, *D. de rei vind.* Si actio in personam fuit, & temporalis: consequitur actor litis contestatione, ut fiat actio perpetua *L. ult.* in fin. *D. de fideiuss. tut.* Lite autem non contestata, quod fit, cum reus vi exemptus copiam secum agendi non fecit, contraria sunt actori incommoda. Amittit rem suam impleta usucapione, quæ litis contestatione interrumpi poterat; amittit & temporalem actionem, cuius dies exiit. Atque huius damni nomine actio constituta est edicto adversus eum qui vi exemisset. *L.* 4. *D. ne quis eum*. Cuius actionis mentio est in §. *pœnales*, *Inst. de act.* non simpliciter, quanti ea res est, id est quantum damnum actori datum: sed quanti ea res est ab actore 4 æstimata, de qua controversia est. Additum, inquit Ulpianus, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. Hoc in *L. pen.* in pr. *D. ne quis eum*. Cætera ad edictum pertinentia ex eo titulo recte petentur. Unde igitur hæc actio in personam? Constat esse ex obligatione; obligationem autem apparet esse ex delicto: & ita hæc exemptio nominatur in *L.* 2. *D. ne quis eum*. Eiusque rei non dubium argumentum est, quod si servus vi quem exemerit, placet eius facti nomine noxalem actionem esse adversus dominum. *L.* 1. *D. ne quis eum*. Non est autem noxalis actio, nisi ex maleficio servi. *Inst. de nox. act.* in pr.

VII. Quarta species affinis superiori est in eo, cuius dolo malo factum est, quominus quis in ius vocatus iudicio sistat. De qua specie cautum est ea parte edicti, quæ explicatur sub *titulo D. de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio*

3) Non si ad iudicem pedaneum *L.* 3. §. 1. *d. t.* quia tunc id incommodum metui nequit, ne res usucapiatur, si iam lis apud Prætorem in iure contestata. Nec recte Rævar. 3. *Con.* 10 intelligit non iudicem datum, sed minores magistratus, ut quæstores, qui in subselliis considentes minora iudicia exercebant, sed nec vocationem, nec prehensionem habebant, Agell. 13. *Noct.* 12. *&* *seq.*

4) Non iureiurando in litem, ut Bart. Bald. Alex. Iaf. ref. Duar. *de in lit. iur. n.* 8. sed sensus hic: Non ad id quod vere debetur actori ab exempto, condemnatur qui exemit, sed ad eam summam quæ ab actore in libello petita, licet exemptus forte non debuerit. Duar. *d. lo.* Nec igitur est quod A. Fab ad *d. L.* 5. §. 1. verba *ab actore æstimata* a lege resecet, quia inauditum sit calumniatori, de quo ibi agitur, deferri iusiurandum in litem.

dicio, sistat. Ac quomodo id fiat, declaratur in *L. 1. eod. tit.* Hoc factum damnum adferre potest & actori, & reo. Actori illud, de quo in superiore specie diximus, ut scilicet quia non potuit litem cum adversario contestari, qui in ius non venit, vel rem suam amiserit usucapione ab adversario impleta, vel ei dies actionis eius quæ temporalis erat, exierit. Hinc actori ex eo edicto adversus eum, cuius dolo factum est, quominus reus se sisteret, in factum actio quanti actoris interfuit. In quod iudicium superius illud damnum deducitur. *L. ult.* in pr. *eod. tit.* Reo autem ex huiusmodi facto id damni esse potest, quod si pœnam prius promiserit, nisi certo die sisteret, sit superiore impedimento, ut pœna adversus eum committatur, quia non stetit. Hanc pœnam etsi potuit non præstare opposita doli mali exceptione, ubi per vim retentus est: placet tamen si omissa exceptione pœnam ultro præstiterit, posse eum adversus eum a quo retentus est, propositam actionem exercere. *L. 1. §.* [5] *si reus, D. eod. tit.* Hæc actio cum sit ex damno dato & quidem dolo malo, non dubium, quin sit ex delicto. Unde etsi dolo malo servi sine voluntate domini factum sit, quominus quis iudicio sisteret, placet similiter ut ex superiore noxalem actionem adversus dominum dandum. *L. 2. D. eod. tit.* quod certe non fieret, nisi esset hæc actio ex maleficio servi. *tit. de nox. act.* in pr. *Inst.*

VIII. Quinta species & postrema huius posterioris generis damni dati est in eo iudice, qui litem suam fecit. Nam & hic obligationem ex delicto nasci, non ex quasi delicto non dubito. De quo postea. Ante de facto & genere obligationis videndum est. De quo sive constitutionibus, sive edicto, sive moribus ita ius obtinuit, ut iudex qui litem suam fecit sive dolo, sive per imperitiam, teneatur litigatori sententia læso, ut ei damnum præstet. Interdum solidum, interdum ex parte. Est autem de hac specie in *L. ult. D. de extraord. cognit. Inst. de obl. quæ ex quas. del. L. 5. §. si iudex, D. de obl. & act. L. filiusfamilias, 15. D. de iud.* Iudex tunc litem suam facere dicitur, cum male iudicavit, non solum cum sententiam dixit dolo malo in fraudem legis, dum eius arguitur evidens vel gratia vel inimicitia, vel sordes: de quo constat & diserte scriptum est in *d. L. filiusfamilias, de iud.* sed etiam cum male iudicavit per imperitiam adversus manifestas leges aut constitutiones, aut alioqui ius apertum nec controversum. Nusquam hoc quidem definitur aperte. Nam in *d. L. ult. D. de extraord. cognit. L. 5. §. si iudex, de obl. & act. Inst. de obl. quæ ex quas. del.* una hæc definitio est, eum iudicem qui litem suam fecit obligari, licet peccarit per imprudentiam; neque explicatur qua in re sit hoc peccatum, quo iudex per imprudentiam litem suam faciat. Sed hoc ipso quod nominatur peccatum & imprudentia iudicis, satis intelligitur id peccatum & eam imprudentiam dici, qua iudex peccat ut iudex. Quod fit iudicando, neque id quovis modo, sed male iudicando. Neque enim quisquam peccat bene iudicando, sed male; & qui ius sequitur, is prudenter iudicat, non imperite. Et sane absurdum esset dicere iudicem teneri, qui bene iudicavit, cum neque damnum det litigatoribus, qui bene iudicando ius suum his tribuit; & si daret, tamen non possit dici dare iniuria, qui iure publico utitur. *L. iniuriarum, §. 1. D. de iniur.* Neque porro is teneri debet qui damnum alteri non dedit; aut non dedit iniuria, ut in lege Aquilia intellectum est. Restat igitur, quod dixi, ut eum iudicem litem suam facere intelligamus, qui male iudicavit sive dolo, sive per imprudentiam. Qui autem ita iudicavit, ideo dicitur a veteribus litem suam facere, quia litis periculo se [6] obstringit iudicando. Isto enim modo lis & res eius propria fieri intelligitur, siquidem rem propriam cuiusque recte definivimus, cuius commodum aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet *L. 1. §. in propria*. Quod autem Budæus in *Annot. ad Pandectas* iudicem litem suam facere interpretatur, cum ita iudicat, ut non alienam caussam videatur agere, sed suam: etsi interdum ita accipitur apud probatos auctores, tamen huic loco & huic obligationi non convenit. Nam & in bona caussa eodem modo se gerere iudex potest, ut in sua, & quidem ita ut secundum eum cuius ita caussa est, iudicet. Neque tamen qui ita iudicat, litem suam facit, ut nunc loquimur. Nihil enim hic pec-

5) Non hæc *d. §.* sententia, quasi ab alio impeditus se sistere, habeat doli exceptionem pœna ab actore petita, ac ita demum hanc actionem contra eum, qui impedit, si exceptionem non obiecit. Sed, ut verba ostendunt illa; Si ipse actor, qui idem pœnam stipulatus, fecit quo minus sisteret reus; petitio eius doli exceptione removetur. Quod si alius fecit, actione proposita recipere id reum ab eo qui impedit, quod pœnæ nomine ipsi necessario, sine exceptione præstandum.

6) Ita Vaud. s. 1. Q. 10. Tenetur sufferre litis æstimationem in solidum, conditioni litigatoris se obstringit, ipsius lis fit, ipsi lis perit.

peccat, nec eo nomine iudex cuiquam obligatur. Sed & index qui per imperitiam male iudicavit, isto sensu non satis apte dici possit litem suam fecisse. Neque enim consulto se in ea caussa ita gessit, ut in sua faceret suæ favens, cum potius ita iudicarit, quia iure se cogi existimabat. Et tamen hunc litem suam facere, & hac de caussa teneri dicimus. Nihil igitur dubii est quin hic dicatur iudex litem suam facere, qui vere eam suam facit, quod sit periculum litis in se suscipiendo; suscipit autem, qui male iudicat. Adversus eum iudicem, qui id fecit, constituta est actio iis qui ea sententia læsi sunt. Puta actori, si reus iniuste absolutus est: reo, si est iniuria condemnatus. Etsi enim de his nihil adlicitur superioribus locis, quibus de hac specie cautum est: tamen ex fine actionis satis intelligitur. Comparata est enim hæc actio eius damni farciendi caussa, quod sententia datum est, Neque porro aliis farciri potest, quam quibus datum est.

IX. Quatenus teneatur iudex hoc nomine videndum est. Nam in *L. ult. D. de extraord. cognit.* & in pr. *tit. de obl. quæ quas. ex del.* Quibus locis in hac specie actio ob imperitiam iudicis constituitur, nihil amplius est, quam eum iudicem, qui peccavit male iudicando, in quantum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur, pœnam sustinere. Quantum est ergo illud, quod æquum iudicanti in hac re videri debeat? Et hic multum interest, dolone malo index male iudicaverit, an per imperitiam. Si dolo, ut evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel sordes: veram æstimationem litis amissæ præstare 7) cogitur. Quod quidem diserte cautum est in *L. filiusfamilias*, in fin. *D. de iud. L. 2. C. de pœn. iudic. qui mal. iud.* Si per imperitiam, interdum tenebitur iudex, interdum non tenebitur, quia ita statui æquum est. Si iudex habuit adsessores, quorum de sententia male iudicavit, venia dignus est. Est enim nonnullæ necessitatis sequi plurium sententias. Alioqui frustra ei adsessores dati sint. Nunc autem non frustra, ut de quorum officio & persona videamus diligenter ius constitutum *Tit. de offic. assess. Digest.* & *Tit. de assess. Cod.* Quod si ipse solus iudicium animi sui secutus sententiam dixit contra leges, quanvis per imperitiam fecerit, deliquit tamen. Hoc enim ipsum culpa est id suscipere quemquam, in quo intelligat, aut intelligere debeat imperitiam suam alii periculosam futuram. *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* Quæ si in privatis culpa reprehendenda est; in iudice est intolerabilis. Privati enim imperitia pertinet ad unum & paucos. Iudicis imperitia ad omnes, ut qui datus sit in civitate, qui de omnium civium caussis cognosceret. Sed & in iudice eo minus ferenda, quod is ut artifex, & consultus iuris ad id munus accedens de peritia sua in iure dicundo profiteri videtur, *arg. in L. si quis*, 9. §. *Celsus*, *D. loc.* Non continuo tamen ob hanc culpam, a qua dolus abest, iudex in solida æstimatione damni tenetur. Aperte enim hic distinguitur ab eo, qui dolo male iudicavit. Quatenus igitur eum teneri dicemus, & quantum id æquum statuemus? Id mihi recte sumi posse videtur ex *d. L. filiusfamilias*, in pr. ubi Ulpianus de filiofamilias iudice scribens, ait eum si litem suam faciat, in tantam quantitatem teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat. Non loqui eum de eo, qui dolo malo iudicavit, quanvis hic maxime litem suam faciat, sequentia eius loci ostendunt. Subiicit enim statim, illum in veram æstimationem litis teneri. Sentit igitur de eo, qui litem suam fecit absque dolo malo, per imperitiam scilicet & imprudentiam male iudicando. Quid est autem filiumfamilias iudicem in tantam pecuniam condemnari, quantam in peculio habuit? Nihil aliud, quam eum condemnari in tantam quantitatem, quantam habuit in patrimonio. Nam peculium est patrimonium filiifamilias, §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Id de iudice filiofamilias dictum, etiam de patrefamilias iudice dictum intelligendum est. Non enim ex omnibus caussis aliter obligatur filiusfamilias, quam paterfamilias. *L. filiusfamilias*, *D. de obl. & act. L. tam ex contractibus*, *D. de iud.* Quapropter & de patrefamilias iudice hæc erit sententia, si is per imprudentiam litem suam fecerit, teneri eum in tantam quantitatem, quæ tunc in patrimonio eius fuit, cum iudicavit. Cur igitur non id aperte & generaliter definivit Ulpianus de omni iudice, qui litem suam fecit? cur potius dixit de filiofamilias, & eius peculio, quam de patrefamilias, & eius patrimonio? Quia in filiofamilias potuit dubitari, an teneri hic deberet etiam usque ad quantitatem peculii: cum si de peculio profectitio agitur: vere iure civili id sit patris, non filii, §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Sed placet ad damnum

7) Vid. *infra Lib.* 28. *C.* 2. *ibique notata.*

mnum farciendum, quod ille dedit, potius hic fpectandum ius gentium; cumque ex hoc iure peculium quodvis fit veluti patrimonium filiifamilias, *d.* §. *actioner autem, de act.* Idcirco & ex hoc tanquam ex patrimonio eius, quid hic præftare debeat, effe æftimandum. Non fane ut præftet damnum de peculio quod eius non eft, quale eft profecticium: fed aut de peculio quafi caftrensi, quod illi ex opera publica acquiritur, aut ex adventicio, quod item proprium eft eius ex conftitutionibus; aut fi horum nullum habet, fed tantum profecticium, præftet de bonis fuis, si quando vel alia peculia, vel fui iuris factus vere patrimonium habere cœperit. Et præftet ad eam quantitatem, quæ fuit in peculio eius, cum male iudicavit.

X. Quæretur, qua ex cauffa fit hæc obligatio, quando ad unam aliquam ex quatuor fummis propofitis referri eam oportet. Res expedita, fi quod de hoc genere ex Caio tot locis relatum eft, fequimur. Ille enim diferte fcribit non effe ex maleficio: fed quia iudex hic peccaffe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, videri eum quafi ex maleficio teneri. Hoc in *L. ult. de extr. cognit. L.* 5. §. *fi iudex, de obligat. & action.* quod & in Inftitutionibus relatum eft totidem verbis *Tit. de obligat. quæ ex quaf. del.* in princ. In quo fi de iure quæreretur, nihil adderem. Intelligerem enim, quod iuris effet, id effe fequendum. *L.* 1. *L.* 2. *D. de legib.* Nunc autem utrum dicamus hic iudicem ex maleficio obligari, an ex quafi maleficio, ad ius nihil intereft. Utrumvis enim dixerimus, femper hinc eadem obligatio, & eadem neceffitas præftationis futura eft. De nomine tantum facti quæritur, quomodo in propofita fpecie factum iudicis vocemus, maleficium, an quafi maleficium; delictum, an quasi delictum. In quo fi verum amamus, fatendum eft hic obligationem ex maleficio & delicto nafci, non ex quafi maleficio, aut quafi delicto. Mihi quidem omnino ita videtur: quæ mihi cauffa fuit iftam fpeciem huic generi fubiiciendi. Nec alio auctore libentius in hac re utemur, quam eodem ipfo Caio, qui maleficii genera hæc pofuit, furtum, rapinam, damnum, iniuriam. *L.* 4. *D. de obl. & act.* Eft igitur auctore Caio maleficium damnum iniuria datum; & actio legis Aquiliæ de damno iniuria dato illi ex maleficio eft. At iudex qui male iudicavit, damnum dedit iniuria. Fecit enim iniqua fententia; ut alterutro vel actor vel reus litis damno afficeretur. Quare & hoc eius factum maleficium & delictum eft non minus, quam id quod vindicatur lege Aquilia. Nihil ad rem pertinet, fi peccavit iudex per imprudentiam. Nam & hæc ipfa [8] imprudentia culpa eft: iniuria eft, quæ non minus vindicatur eadem illa lege Aquilia; & cum vindicatur, non minus dicitur actio nafci ex maleficio. *L.* 5. §. *iniuriam, L. idem,* 8. *D. ad leg. Aquil.* Quod fi imperitia in privatis culpa eft, & cum per imperitiam quid ab his peccatur in res alienas, delictum: quanto maior eft hæc culpa, & gravius delictum in iudice, quem ut virum bonum, & ad ius dicendum publice conftitutum minime omnium, iniuriam facere oportebat? Quid ni vero peccatum iftud per ignorantiam delictum vocemus? Nam & ita Papinianus nominat legem definiens in *L.* 1. *D. de legib.* qui hanc inter cætera effe dicit delictorum, quæ fponte vel ignorantia contrahuntur, coercitionem. Poftremo abfurdum fit dici eum iudicem non teneri ex delicto, qui corruptus dolo malo iudicavit. Eft enim hic dolus præfertim in iudice & delictum manifeftum, & ingens. Ita faltem hactenus non fit hic obligatio ex quafi maleficio, fed vere ex maleficio. Ut faltem eatenus diftinctam cauffam huius obligationis oportuerit. Atqui hoc admiffo, confequens fuit dici, etiam eum qui per imperitiam male iudicavit, ex maleficio teneri. Nam, ut ante dixi, non eo minus delictum eft in lege Aquilia, quod quis non dolo, fed culpa tantum etiam leviffima damnum dedit. Sed hæc mea de nomine tantum & collatione huius facti ratio eft. In qua fi cui aliter videtur, fciat in eo nullum difpendium iuris futurum.

CAP.

8) Quo facit quod medicus imperite fecando fervum interimens actione L. Aquil. tenetur *L.* 7. *in fin. d.* §. *præterea* 6. *Inft. ad L. Aq.* Quod ipfum Hotom. ad *d.* §. *præterea*, obiicit; ita tamen ut contrario errore contendat, nec medici imperitiam verum delictum efficere cum iudicis imprudentia id non efficiat. Sed ratio diverfitatis a Vult. *in pr. Inft. d. t.* quia iudex nec corpore nec in corpus damnum dat, nec artis fuæ peritiam æque profitetur, cum fæpe invitus iudicet. Et Rain. Corf. 1. *indag.* 24. *d. pr. Inft. etc.* loqui de folis pecuniariis cauffis; litis enim vox fignificat actionem civilem *L.* 37. *de V. S.* ubi fi per imprudentiam iudex ius alicuius læferit, quod non fit verum maleficium, apparere, ait, ex enumeratione fpecierum. Neque enim in corpus offendit. Verum autem delictum effe, fi per imperitiam morte infontem damnaverit, ubi vult Corfus eadem pœna plecti debere iudicem, quod vix admittendum. Nec etiam medici pœna fupplicium eft, fi ex culpa fine dolo ægrotus perit. Hartm. *Lib.* 2. *Obf. in Mifcell. Obf.* 19. Menoch. *Caf.* 581. vid. P. Heig. *P.* 2. *Q.* 26. *n.* 45. *& feqq.*

CAP. XXIX.

De alieni subtractione: & quam varie aliena subtrahantur.

Superioris doctrinae summa & transitio. I. *Alieni subtractio quid. Duo huius maleficii genera, & quae.* II. *Prioris generis partitio, & aditus ad seqq.* Capita. III.

I. DE damno iniuria dato hactenus. In quo fuit id quod primo loco posui, detrahendi alteri, deminuendique patrimonii alieni genus. Ex quo intellectum est, quam varie inferatur damnum, & quam coerceatur varie, uti quæque res esse visa fuit. In omnibus autem huius generis partibus communem hanc summam esse; omnem qui damnum dedit iniuria, eo facto obligari: teneri ei, cui damnum datum est. Obligationem ut minimum esse de eo, quod eo facto amissum est. Proinde si quis de eo solum laboret, non esse admodum alia divisione opus, dum constet id damnum esse, ut quod vindicetur iure civili. Certo enim de singulis paratam esse actionem qua id consequatur: si quid quærat amplius, ex singulis generibus superioribus statui posse. Erat alterum nocendi, deminuendique alieni patrimonii genus, alieni subtractio. Sic enim docendi caussa visum est appellare.

II. Ea est, cum imminuimus alienum patrimonium lucri nostri caussa, id est ita, ut quod inde detractum est, ad nos transferamus. Alieni subtrahendi rationes item duæ sunt, totidemque maleficii genera huic summa subiecta. Aut enim adimimus nos aliis invitis, quod ad nos sevocemus: aut dominum, ut velit ipse in nos conferre, quod non oportuit, malis artibus inducimus. Prioris generis factum amotionem vocemus, licet; posterioris malitiosam inductionem.

III. Adimimus, auferimusque alteri alias rem ipsam, alias re apud ipsum manente, ea re libere utendi facultatem. Rem ipsam aut clam, aut vi aperta. Si clam; in cæteris personis furtum: in uxore res mariti, in viro res uxoris auferente rerum amotio molliore vocabulo appellatur. *L.* 1. *D. de furt. L.* 1. *D. rer. amot.* Si aperta vi; in rebus mobilibus rapina est; in rebus soli deiectio de possessione. Quæ & singula vindicata sunt legibus, deque singulis actiones & pœnæ constitutæ. De quibus breviter & ordine cognoscendum est.

CAP. XXX.

De furto, & rebus amotis.

Furtum quid sit. I.
Tria in eo spectari. 1. Contrectationem. (huius vis & effecta.) II.
2. Eamque fraudulosam. Talis efficitur quatuor rebus. III.
1. Cum quis contrectat alienam rem. Alienum quo sensu hic accipiatur. IV.
2. Cum sciens alienam contrectat. V.
3. Cum id facit invito domino. Species una excipitur, & quae. VI.
4. Cum invito domino id quoque facere se intelligit. VII.
3. Contrectationem cum animo lucri faciendi sive rem, sive usum, sive possessionem. VIII.
Actiones furtivae rei domino proditae; Vindicatio ad exhibendum, & conditio furtiva. IX.
Exceptio. XIV.
Duo priores ex iure dominii non ex furto nascuntur. Quid sint obiter. X.
Condictio furtiva proprie ex delicto. XI.
Datur rei surreptae domino eiusque heredi. XII.
Adversus furem, eiusque heredes: a rei vindicatione quatenus differat. XIII. XII.
Furti coercendi gratia prodita criminalis & civilis actio. Civilis, quae & furti actio, nostra; habet haec privatam poenam. XV.
Poena furti privata dupli est, aut quadrupli. Hoc quale sit explicatur. XV.
Item ex damnatione infamia. XVI.
Furti actio domino competit, & aliis quorum interfuit rem non surripi. Qui sint; & quatenus iis competat. XVIII.
Datur adversus furem, & illos qui opem simul & consilium dedere. XIX
Item adversus nautas, caupones, stabularios; & quatenus. XX.
Excipiuntur servi & filiifamilias. Hi quoad bona profectitia: illi per omnia. XXI.
Praeterquam in furto facto hereditati, in qua iussi sunt esse liberi ex testamento. XXII.
Item vir & uxor excipiuntur in his quae alter alteri amoverit constante matrimonio; & qua hi actione alia teneantur; & quatenus. XXIII. XXIV.

I. Furtum [1] ita definitur, contrectatio fraudulosa lucri faciendi caussa vel ipsius rei, vel usus eius, possessionisve. Exstat haec definitio in *L. 1. D. de furt. §. 1. Inst. de obl. quae ex del. nasc.* Nam illa verba, quae utroque in loco adduntur, quod iure naturali prohibitum est admittere, non [2] sunt verba definitionis. Ad iuris enim quaestionem pertinet quaerere, furtum quale factum sit, quove iure haben-

1) Ad hoc caput praestaret nihil quam pauca adnotari. Sentio me copia dicendorum obrui & libri molem praeter opinionem excrevisse. Nihil itaque hic referrem, nisi me huc remisisse *supra Lib. 6. Cap 2. N. 6. in fin.* recordeter. Quia igitur ex multis quae tertili hac, feraci furum aevo, materia nostri tractant, quorundam selectio difficilis; potissime quaedam, quae eum principalium studiorum quandoque satias oborta, ad alios auctores reficiendi animi caussa divertens, ea iis collegi; Minus ea in vulgus nota sed amoeniora, quam usus maioris. Furti quatuor etymologiae referuntur §. 2. *I. de Obl. ex d. L. 1. pr. h. t.* E quibus licet Alciato 1. *Disp.* 10. & A. Augustino 4. *Emend.* 4. arrideat notatio a ferendo, utraque Graeca & Latina lingua, Labeonis tamen derivatio magis placet a furvo, quod veteres Romani furvum atrum appellaverint. Unde furvae hostiae, Horat. & furva sepia: Pers. & Auson Angel Politian. *Misc. Ca* 39. & furvarum vestium puella, Hieron. quae castitatem profiteretur, Iac. Durant. Casell. 2. *Variar.* C 20. Nam & ea Varroni probata, Agell. 1. *Noct.* 18. & Servio *in 9. Aen.* ac formae rei magis convenit, cum per noctem quae atra est, pleruamque fiat, aut clam & obscure *d.* §. 2 *d. L 1. pr.* & omni vocis acceptioni accommoda. Furtum enim non ablata res solum, sed etiam quicquid occulte geritur, auctoritate veterum dici solet, ait Non. Marcell. *de Propriet. serm.* ut insidiae clam structae; sic furta belli, Salust. *Lib.* 1. Virg. 1. *Aen.* fur flagiti, Plaut *Amphitr.* Et calliditas occulta, Plaut. *Bacchid.* 1. *Sc.* 2. *in fin Fecisti furtum malum cum isthac me celavisti* &c. Sic furtivos amores, congressus &c. usurpari legimus ac furtivas litterarum notas. Io. Bapt. Porta *de Occult. litt. notis Cap.* 1. *et* 2. item arbores furtim caesas, vid. *supra C.* 26. *in fin* Et licet Graeca vox videatur cum φώρει, & fures una litterula distent, tamen & Varro agrum & aprum & alia a Latino trahit. Et Ambrosius antrum ab obscuritate deducit quasi atrum, Ptolemae. Flac. *Coniectan. C.* 94.

2) Ita & Hotom. 1. *Obs.* 20. nec ideo tamen, ceu otiosa, reiicienda scribens. Furtum igitur vere turpe & ignominiosum etiam iure naturae, nec illicitum tantum, non autem probosum, ceu sentit Alc. in *L.* 42 *de V. S.* cum imo dominiorum distinctionem, quae iuris naturae est, turbet; & iurisgentium praecepta, de suo cuique tribuendo nec lucro ex alterius iactura captando, violet, Brechae ad *d. L.* 42. vid. Forner. & Goed. *ibi.* Ant. Guib. *Polyhist. C.* 18. Forcat *Necyom Dial.* 19. *n.* 9 Nam quod olim Lacones & Aegyptios impunita furta reliquisse Alciatus obiicit eo ipso, ait Brech. ostenditur civiliter more quorundam populorum licuisse. Nec ea impunitate & poenae remissione turpitudo cessat Goed. ad *d. L.* 42. *n.* 8. Multo minus perversi ritus & mores corruptelae ac abusus unius,

bendum. Id quod explicatur superiore adiectione, cum respondetur, factum esse improbandum, & quod iure etiam gentium prohibitum sit admittere. Ita ad iuris quaestionem ea verba pertinent. Proinde non ad definitionem. Scimus enim longe distinctas quaestiones esse has, cum quaeritur, quid sit res, & qualis sit. Quarum prior definitione, altera iuris constitutione explicatur.

II. Ergo furtum tria constituunt; ex quibus iunctis conficitur superior definitio: [3] contrectatio rei & ea fraudulosa, & quae instituatur lucri faciendi gratia, lucri, inquam, vel rei, vel usus, vel possessionis. Furtum contrectatio est: id eam vim habere intelligitur, ut neque furtum faciat qui rem non contrectat, & e converso si quis rem contrectet, is statim furtum faciat. Utrumque verum est. Prius intelligitur in eo, cuius ope & consilio furtum factum est. Hunc constat furti teneri aeque atque furem. §. *interdum quoque, Inst. de obl. quae ex del.* Et tamen neque furtum facit, neque ut fur tenetur condictione furtiva. *L. proinde, D. de cond. furt.* Non alia id quidem de caussa, quam quod rem non contrectat: furtum autem contrectatio est. Posterius intelligitur hoc modo. Quanvis enim furtum dictum sit Latinis, ut & Graecis a ferendo, id est auferendo, ut inter caeteras etymologias refertur in *L. 1. D. de furt.* tamen non solus furtum facit, qui rem amovet, & surripit: sed & qui rem prius voluntate domini acceptam coepit contrectare fraudulenter lucri faciendi caussa. Qualis est is apud quem res deposita est, si ea re utatur, aut reposcenti domino non reddit: qualis qui commodato accepit, si aliter utitur, atque ex lege contractus debuit. §. [4] *furtum, Inst. de obl. quae ex del.* Notanda hic proprietas verbi, quod furto tribuitur. Contrectare enim est rem tractare manibus, quod de rebus mobilibus tantum dicitur. Hoc vero bene furto convenit. Sic enim res habet, ut furtum sit istarum tantum rerum, quae hoc modo tractantur, id est mobilium. Fundi autem vel loci, & generaliter rerum soli furtum fieri non [5] potest, §. *quod autem, Inst. de usuc.*

III. Non sola contrectatio rei furtum habet: sed ita, si est contrectatio fraudu-

unius, aut alterius gentis, iuri naturae, quod ratione maxime metiri debemus, quidquam derogat, vid. *supra Lib. 1. C. 7. N. 1.* add. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 89. *n.* 28. Pioel. *in Rub. C. de resc. P. 1. C. 1. n. 21. & seq.* Cont. 1. *subsec. Lect.* 2. *n.* 4. Nec Laecedaemonii, sobrii illi & acres viri, ceu vocat Agell. 11. *Noct.* 18. furta per se & simpliciter probarunt. Testis enim Plutar. in *Lacon. apophth. f. m.* 205. furari Lacedaemone non licuisse, sed iuventutem ius & usum furandi edulia & similes res, certo & stato anni tempore, ut apparet ex eod. Plut. *d. Lib. f. m.* 210. docuerunt non ut turpe lucrum sibi quaererent, sumptusve libidini suppeditandos pararent, sed ut furandi solertia ingenia puerorum acuerent, animosque ad astutiam vigilandi, tolerantiam & obrependi celeritatem obfirmarent. Agell. *d. C.* 18. Utque incuriam negligentius res suas custodientium coercerent, Plotar. *in Lacon. Instit. f.* 212. Deprehensos autem turpitodo & verbera manebant. Aegyptiorum vero lege, qui furandi artem exercere vellet, apud ἀρχιφῶρα, seu furum praefectum, nomen suum describere & fortum ad eum evestigio portare debebat: Eosque itidem scribere, quibus aliquid furatus esset, rebus, loco & tempore adsignatis: ut hac ratione qui rem amisisset, data pretii quarta parte reciperet, iacturam potius partis, quam totius rei facient, ut ex Diod. Sic. *Lib. 2. Rer. antiq.* P. Greg. 37. *Synt.* 1. *n.* 3. ubi corrupte excusum *sacerdotum*, pro *furum* Io. Boem. Auban. *Lib. 1. de Morib. gent. C. 5. p.* 45. & Henric. Steph. *in Iur. civ. font. & rivis in Praefat.* qui & huiusmodi ἀρχιφῶρα Lutetiae per conniventiam tolerari, cuius auxilio multa recipiantur, scribit. Romae olim res furtivae in Saburra venales propositae, occidente sole, seu ut Petron. *in satyr.* deficiente die, unde vigilacem Saburram vocat Propert. 4 *Eleg.* 7. & Horat. 1. *Sat.* fallacem & vespertinum forum. Indeque Prov. *De vesperi suo vivere*, Plaut *Milite* 4. *Sc.* 2. id est, fortis victum (seu ut loquitor Casell. vitam. Sicut & Gr. βίον victum significat, vid. Paul. Leopold. 11. *Emend.* 4.) parare Iac. Durant. Casell. 1. *Variar.* 5. Io. a Wouveren. *Obs. in Petron. pag.* 221.

3) Vera vel interpretativa, ut in *L.* 43. §. 2. *h. t.* Dan. Venator *Anal. Iur. Pontif. Lib. 5. Tit.* 18. Hinc a tangendo fures tagaces Fest. *Lib.* 18. Cuiac. 6. *Obs.* 2. Forner. 2. *Select.* 11. Ian. Guglielm. 2. *Verisim.* 3. Sc. Gentil. *Orig. Lib. sing. p.* 325. *& seq.* Uti & manuarii. Et manuari pro furari, Gent. *d. lo.* & sommare, Palmer. *Spicileg. Lib.* 15. *pag.* 841. Unde celeres furum manus, Guliclm. *Misc.* QQ. *in Plaut. C.* 1. Et manus inquinatae. Catull. de fure balneario:

Nam dextra patet inquinatiore.

Et Cic. 2. *de Orat.* in iocis fuit ad sordidis furtis ditatum: *Manus lava*, Turneb. *in loc. Cic. f.* 306. Ludov. Carrio. 1. *Antiq. Lect.* 16. Manticularius fur dicitur a Tertulliano qui se inserens confertae turbae, marsupia, aut secat aut artifici dolo aperit & exenterat, id est evacuat ablata pecunia. Io. Bapt. Pius *Annotat. poster. C.* 111. qui vulgo crumenisseca *Beutelschneider*, in *L. 7. de extraord. crim.* vocatur saccularius, ubi non probo Cuiacii 10. *Obs.* 27. expositionem, quod subducere sit, pecuniam ad se carminibus vel alia ratione illicita, quam manu, elicere. Sic enim Magiae crimen committitur & ordinarium, graviorique, quam de qua *d. L.* 7. agit, poena coercendum. Rectius directarium *d. L. 7. & L. 1. §. de effract.* interpretator Cuiacius, qui in aliena coenacula se dirigit, id est, malis artibus in ea scandit, aperiens fenestras hamis, uncinis vel qua alia ratione. Unde & apertularius dicitur. Nec recte Zas. *in Parat. de off. praef. vig.* & ad *L* 43. §. 1. *de leg.* 1. *n.* 2. & Wilhelm. Possard. *de Magistrat. Athenions. Cap.* 8. *in fin.* legunt in *dd. LL.* dietariis, id est qui se in diaetas & cubilia potentum ingerunt. Expilatores, *Rubr. & L. 1. §. 2. de effract. & expilat.* qui obvium vestimentis nocto exuunt. Cuiac. 15. *Obs.* 31. ut nec pilum relinquant. Ascon. in 2. *Verrina*. Sicuti dicuntur barba & crines expilari 2. *Feud.* 27. *pr.* vers. *si quis aliquem.*

4) *L. 54. pr. L. 67. pr. hoc tit. & sim.* Item qui rem casu amissam sciens retinet vid. Covar. in *Cap. peccatum de R. I. in* 16. *Parte* 3. *Relect.* §. 1. Guttier. *Lib.* 2. *Canon.* QQ. *Cap.* 9. Cunrad. Lag. *Compend. Iur. Civ. & Sax. Lib. 5. Tit.* 7. add. *supra Lib. 4. Cap.* 13. *N.* 1. Ubi licet εὕρετρα sic legendum in *L.* 43. §. 8. *h. t.* ubi Cuiac. 11. *Obs.* 18. P. Perrenon. 2. *Animadv. & variar. Lect.* 13. Brodae. 10. *Misc.* 20 peti nequeant, pro labore tamen impenso in re quaerenda & invenienda merces exigi vel retineri potest, Gutierez. *d. C.* 9. *n.* 28. Io. Koppen. Q. 10. *n.* 14.

5) *L. 2. pr. h. t. L. 38. de Usucap.* Sabinum tamen recte contra sensisse, contendit, Nicol. Gosso *in Comm. ad consuet. Atrobat. Art.* 5. addens Philosophis iuxta ac Theologis utrisque in rebus contrahi censeri, cum a mente perversa utrumque pendeat. Atqui Agell. 11. *Noct.* 18. vulgo inopi-

losa; quod secundo loco exigimus. Fraudulosa est, quæ fit fraudandi & alieni intervertendi caussa. Ea autem est, cum quis rem alienam contrectat sciens invito domino, idque se ita facere intelligit. Qua definitione volo intelligi, quatuor his in rebus positum esse, ut sit fraudulosa contrectatio; si res aliena sit, quam quis contrectat; si is sciat alienam; si contrectet invito domino; si hoc ipsum intelligat se invito domino contrectare. Si quid horum desit, neque fraudulosam contrectationem esse, neque furtum committi.

IV. Rem alienam contrectari volumus; quia nemo rem suam, quatenus eius est, contrectare potest dolo malo. *L. 2. §. hæc actio vulgo, D. vi. bon. rapt.* Nemo enim dolo facit, qui iure suo utitur, *L. nullus, D. de reg. iur.* Unus autem dominus ex omnibus maxime utitur iure suo, cum re sua utitur, utpote moderator & arbiter rei suæ. *L. in re. C. mand.* Sane debitor rem suam, quam creditori pignoris caussa dedit, subtrahendo, furtum eius rei [6] facere, eoque & fraudulenter contrectare existimatur. *§. aliquando, Inst de obl. quæ ex del.* Verum non quatenus rem suam contrectat, sed quatenus id, quod in ea re est alieni, idque conatur intervertere. Ea est possessio, quam habet creditor in pignore. Sic enim est conditio pignoris, ut manente proprietate debitoris, possessio transferatur ad creditorem. *L. cum & sortis*, in fin, *D. de pign. act.* Hanc ergo velut contrectando, quod fit re subtracta, intelligitur debitor rem alienam contrectare; & dum intervertendi caussa facit, dolo contrectat: unde furtum. Cæterum rem suam, quatenus in eo nihil alieni est, nemo contrectare potest fraudulenter: ut sola relinquatur ea fraudulosa, quæ est rei alienæ, Quod si ita est, satis dixit contrectationem rei alienæ, qui contrectationem fraudulosam dixit. Ut supervacuum fuerit cum Accursio & Theophilo hæc verba, rel alienæ [7] addere in definitione, quæ satis fraudulosæ verbo continebantur. Sed & vitiosum addere quasi ulla posset esse contrectatio fraudulosa alius rei quam alienæ. Sed ut non nisi alienæ rei contrectatio fraudulosa esse potest; ita quæcumque res aliena est, si quis eam sciens contrectat invertendi caussa, fraudulosa contrectatio est, & furtum admittitur. Exemplo est is debitor, qui rem pignori a se datam, creditori subtrahit, de quo ante dixi. *d. §. aliquando, Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Quo loco observatu dignum est rem alienam hic paulo latius accipi debere, quam est usitata significatio verbi. Eam enim proprie alienam dicimus, quæ est in commerciis, & in alterius dominio. *L. recte, D. de verb. signif.* Quo in numero non sunt res, quæ non sunt in hominum commerciis, ut liber homo. Quarum rerum nulla est in bonis cuiusquam, nedum in dominio. *L. sed Celsus, 6. D. de contr empt. Inst. de inut. stip.* in pr. Hic cum de furto quæritur, rem alienam intelligemus etiam eam cuius modo potestas aliena est: ut contineatur hoc verbo etiam homo liber, qui est in alterius potestate. Hinc etiam liberorum hominum qui in aliena potestate sunt, furtum fieri placet, si quis eorum surreptus fuerit. *§. interdum etiam, Inst. de obl. quæ ex del.* Scilicet ut & eorum nomine furti actio sit iis quibus surrepti sunt, id est patribus quorum sunt in potestate, & quibus invitis sunt contrectati ad intervertendum id, quod patrum fuit. *L. eum qui, 14. §. si filiusfamilias. L. mater, D. de furt.* Est autem hoc genus furti, quod veteribus in usu iuris dicitur plagium, quod & vindicatur legibus iudiciorum publicorum, lege Fabia de plagiariis. *D. ad leg. Fab. de plag.*

V. Non statim rei alienæ contrectatio fraudulosa est; sed si quis scit esse alienam, quam contrectat. Dolo caret, qui re aliena, quam suam putat, pro sua utitur. Ideo convenit eum prædonem aut furem non esse, qui rem suam esse putat, quanvis non erret in facto sed in iure. *L. sed etsi, §. scire, D. de her. pet. §. 1. Inst. de vi bon. rapt.* Huc accedit affectus contrectantis. Perspicuum est enim si quis re pro sua utitur, eum re non uti animo furandi. Furtum autem ex affectu

inopinatum esse quod Sabinus scripsit, testatur. Obst. *L. 6. h. t.* ubi sæpe contrectando furtum fieri habetur. Ergo non semper contrectatio requiritur. Resp. Pac. 7. Q. 50. ibi vocula *sæpe* non debet referri ad verbum *fiat*, quasi quandoque licet raro, fiat non contrectando, sed ad verbum *contrectando*, quod res furto ablata sæpius contrectari possit. Et hic sensus est. Quanvis qui rem clam subripuit deprehensus in loco quo perferre destinavit, sæpius contrectaverit; tamen ut censeatur fur, manifestus nec ne sit, ex prima contrectatione potius quam postrema æstimari.

6) Ubi negocium facit *L. 12. §. ult. h. tit.* verbis: *ut non teneatur furti & agat*. Unde negationem expungunt Zoan. *restit. ad D. C. 12.* Cuiac. 2. *Sent. Pauli* 31. §. 16. *in fin. &* 11. *Obs.* 11, notati a Rob. 2. *Rec. Lect.* 9. quem iterum notat. Cuiac. 16. *Obs.* 30.

7) Non puto. Quidni enim & fraus in re sua committi recte dicatur *l. 1. D. Quæ in fraud. cred. & l. Si quid in fr. cred.* Vitiose quidem adiecta hæc verba, sed non quia supervacua. Verum quia falsam sententiam reddunt, cum & rei suæ sit furtum, & earum quæ non proprie alienæ, ut liberi hominis. Nam licet in re sua fiat respectu usus vel possessionis alienæ; tamen furtum non est illius usus, sed ipsius rei corporeæ, cui contrectatio convenit. Interversio usus ibi finis est furis, non forma furti.

fectu furandi consistit, ut mox dicetur. §. *in summa*, *Inst. de obl. quae ex del.*

VI. Esto, contrectet quis rem alienam sciens. Non est fraudulosa contrectatio, eoque nec furtum, nisi contrectet domino invito. §. *furtum*, *Inst. de obl. quae ex del.* Qui volente domino contrectat, ideo dolo caret, quia non est dolus sine fraude & damno. *L. iuris gentium*, §. *dolus*, *D. de pact.* Nemo autem videtur fraudare eos qui sciunt & consentiunt. *L. nemo videtur*, *D. de reg. iur.* Idque usque adeo verum est, ut quanvis quis credat invito domino se rem, puta sibi commodatam contrectare; si volente domino id fiat, placeat furtum non [8] fieri. §. *sed etsi*, *Inst. de obl. quae ex del.* Semper enim illud manet, non fraudari eos qui sciunt & consentiunt. Unam speciem excepit hoc loco Iustinianus: eam scilicet cum quis persuasit servo alieno, ut furtum domino faceret, & rem furreptam ad se deferret: servus autem re ad dominum delata permittente domino ita fecit, dum dominus hoc animo est, ut suasorem istum in furto deprehendat. Apparet quidem hic neque furtum fieri, cum quod fit, volente domino fiat: neque servum corrumpi, qui non facit, quod suasor voluit, sed integrum se domino suo præstat. Sed Iustinianus improbum hoc consilium corruptoris aversatus, qui usque eo processit, ut rem domino ablatam tanquam vere furtivam ad se reciperet: cavit, ut ex hac suasor iste tanquam furto facto, & servo corrupto furti & servi corrupti teneatur. Hoc ille in *L. si quis*, *C. de furt.* cuius constitutionis sententia in §. *sed etsi*, *Inst. de obl. quae ex del. nasc.*

VII. Ad extremum requirit hoc in his omnibus fraudulose contrectare, ut qui rem contrectat, sit hoc animo, ut furtum faciat, id est ut rem domino intervertat. Sine affectu furandi generaliter tenendum est ut dolus abest, ita furtum non committi. §. *placuit*, §. *in summa*, *Inst. de obl. quae ex del.* Ideo quæritur, cum superiora concurrent, quando nihilominus hic affectus abesse intelligatur. Intelligitur vero hic affectus abesse aut ex conditione personæ contrectantis, aut ex opinione de voluntate domini concepta. Ex conditione personæ, si is contrectat, qui doli capax non est; qualis est impubes, sive is infans est, sive infantiæ proximus. Ideo placuit hunc furti non obligari: sed solum eum qui proximus sit pubertati, & ob id intelligat se delinquere. §. *in summa*, *Inst. de obl. quae ex del. L. impuberem*, *D. de furt.* Ex opinione de voluntate domini concepta, si quis rem contrectans putavit dominum si sciret, consensurum fuisse. Qui hac opinione est, aperte nihil dolo malo facit, sive falso id, sive vere putet. Ideo qui id putat, placet non esse furem. Solum ergo furem esse, qui rem contrectans id se domino invito facere intelligat. *L. inter*, §. *recte*, *D. de furt.* §. *placuit*, *Inst. de obl. quae ex del.* Non continuo tamen, si quis se dicat putasse se volente domino rem contrectare, ei fides habebitur. Alioqui facile quivis hac exceptione onere actionis furti se liberabit: quod in potestate rei esse non debet. *arg. in L.* 3. in princip. *D. de iur.* Tunc huic defensioni locus erit, cum qui rem contrectavit, caussam habuit, cur dominum non denegaturum putaret. Quod tunc solum accidit, cum quis rem prius a domino accepit utendam, & dum necessitas urget, usus est ad aliam rem, aut diutius quam acceperat; sic tamen ut non magis noceatur rei, neque longum sit utendi tempus. Quæ omnia eum in alia re, & alio tempore dominus benevole concessisset: verisimile est eum in alia re, & alio tempore, si rogaretur, & opus esset, non fuisse denegaturum. Hinc iusta id existimandi caussa. Unde & furti deprecatio, etiamsi dominus dicat se invito factum esse. *arg. in d.* §. *placuit*, *Inst. de obl. quae ex del.*

VIII. Nondum satis ad furtum, contrectatio-

8) *L.* 48.§§. 2. *h. t.* Et corrigitur itaque Pomponii sententia *d.* §. *non* ab Ulpiano nec distinguitur inter furtum respectu effectus & respectu naturæ furti ut Vult. *in pr. I. h. t. n.* 31. Hinc ratio quod rei hereditariæ furtum non fit *L.* 68. *h. t. L. ult. Expil. hered. L.* 3. §. 15. *Si is qui test. lib.* Cic. 7. *Ep. fam.* 22. quia etsi domina habeatur, iuris tamen fictiones non pertinent ad ea quæ sunt facti *L.* 29. *Ex quib. caus. mai.* Furtum requirit dissensum domini: velle & nolle facti sunt. A. Fab. 1. *Iurispr.* 2. *Princ.* 5. *Illat.* 3. vid. & Ræv. 3. *Variar.* 8. Mercer 2. *Opin.* 5. Sed quid si civitati subrepta pecunia? Furtum committitur, non crimen peculatus *L.* 81. *h. t.* Scilicet si civitati alii quam Romæ, quæ iuris privati est *L.* 16. *de V. S.* Secus est in subreptione de re civitatis Romanæ: sic accipitur *L.* 4. §. *ult. ad leg. Iul. Pecul.* P. Greg. 32. *Synt.* 191. *n.* 1. Theodorus Streitman. *Antinom. LL. civil.* B. Nec igitur in *d. L.* 81. pro *non* legere convenit *nec non* cum Alc. 1. *Disp.* 3. notato a Rob. 2. *Rec. Lect.* 2. Duar. 1. *Disp.* 26. Gœd. ad *L.* 17. *de V. S. n.* 17. Sed nec cum Rob. *d. loc.* vocula *qui* in *d. L.* 81 præponenda: ut sit sensus: Qui tenetur furti ob pecuniam civitati subtractam, videlicet quando in privato loco reconditam privari putavit esse, is peculatus conveniri nequit. Nec cum Duar. & Gœd. itemque P. Fab. 1. *Semestr.* 22. & Forner. 2. *Select.* 22. & Pac. 7. Q. 55. dicendum quod ipsa quidem L. Iulia peculatus proprie concepta pro defensione rerum propriarum Romanarum, sed constitutionibus Imperatorum ad res quoque municipiorum porrecta sit. Nisi si cui placeat distinctio, Ræv. 2. *Var.* 19. inter subtractionem *d. L.* 81. quæ sit Curatoris civitatis plus accipientis, minus in tabulis acceptum referentis per *L. ult.* §. 4. *de admin. rer. ad civit. pert.* & subreptionem *d. L.* 4. §. *ult.* civis, qui rem, quæ usus populi est, in privatos usus confert, vid. & M. Lycklama 3. *Membran. Ecloga* 6.

ctationem rei intervenire, & eam fraudulosam; quæ quibus rebus constet, modo diximus. Tertium accedere oportet, quod est in definitione, ut quis rem contrectet 9 lucri faciendi caussa. Si quis hoc animo non contrectat, ut lucrum inde faciat rem vel usum ad se transferendo, quanvis dolo malo faciat sciens & invito domino; furtum non est, quod dictum est a ferendo, sed in aliud maleficium cadit. Finge quem servum alienum, aut rem aliam aliquam contrectare, ut verberet, ut frangat rumpat iniuria, doloque malo. Si contumeliæ caussa facit, iniuria est: si tantum nocendi in ea re quæ infamiam non habeat; damnum est; quod tenetur lege Aquilia. *L. 5. §. ult. D. ad leg. Aquil.* Tunc ergo furtum est, cum ita quis contrectat, ut alii rem auferens sibi habeat, atque hinc lucrum habeat. Dum autem hic animus sit, si concurrant cætera, ita placet furtum esse, ut nihil intersit ad furtum, utrum quis velit lucrum facere totius rei, an vero eius usus tantum: an etiam possessionis tantum. Idque est quod dicitur in definitione, lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus eius, possessionisve. Hoc enim valet, ea gratia, ut quis faciat lucrum vel ipsus rei, vel usus, vel possessionis dumtaxat. Lucrum rei facere vult, qui rem intervertit, ut sibi habeat, vel dissimulans se habere, vel domino petenti sciens denegans. Usus lucrum is, qui dominus rei est, quam contrectat; cuius ususfructus aut usus est alienus. Huius enim cum sit proprietas, nihil relinquitur alieni in re, nisi usus aut ususfructus incommodum, quod ad se transferat. Et hic fructuario furti tenetur. *L. creditoris, 15. §. 1. D. de furt.* In eadem caussa est is, qui re a domino accepta aut utitur, cum utendam non accepisset; aut utitur aliter, vel alio tempore, quam acceperat utendam; agnoscens tamen alienam esse, & paratus reddere, cum usus fuerit. *§. furtum, Institution. de obl. quæ ex del.* Possessionis lucrum facere velle intelligitur dominus, idemque debitor, qui rem creditori pignori a se datam amovet. Hunc quidem furtum facere constat. *d. §. aliquando, Inst. de obl. quæ ex del.* At cuius rei furtum intelligimus? Possessionis utique, non ipsius rei: aut si malumus, rei quidem, sed propter possessionem solum alienam, quam intervertere conatur; non propter rem ipsam, cuius lucrum facere non potest. Iam enim dixi manente proprietate debitoris in pignore, solam possessionem transire ad creditorem. *L. cum & fortis, §. ult. D. de pig. act.* Nihil autem ei adimi potuit amplius, quam eius fuit: nec potuit debitor eius proprietatis aut fructus lucrum facere, qui iam ante satis eius fuerat. *§. sic itaque, Inst. de act.* Itaque etiam rem non esse furtivam placet, & si a debitore hoc modo surrepta, postea ab eo vendita sit, & forte a non domino deinde alii tradita sine furto, eam usucapi posse. *L. 4. §. si rem, D. de acq. poss.* Quod ergo scriptum est in *d. §. aliquando de obl. quæ ex del.* debitorem si rem quam creditori pignoris caussa dedit, subtraxerit, suæ rei furtum committere: sic accipiemus, ut intelligatur aut furtum committere in re sua; aut quod idem valet facere quidem furtum rei suæ, verum ex parte, quia possessionem rei amoveat: non autem ipsius corporis, quia rem totam ut alienam contrectare non possit, qui eius rei proprietatem habet.

IX. Furto cognito, variæ actiones ex ea caussa sunt proditæ. In summa autem quædam de re furtiva; quædam de furto ipso maleficii coercendi caussa. De re ipsa ad eam recuperandam tres sunt actiones domino rei furtivæ propositæ: vindicatio, ad exhibendum actio, & condictio furtiva. *L. si pro fure, §. 1. D. de cond. furt. §. ult. Inst. de obl. quæ ex del.*

X. Vindicatio omnium dominorum actio communis rem suam petentium, ad quoscumque possessores & quacumque ex caussa pervenerit. *L. actionum, D. de obl. & act.* Huius præparatoria actio ad exhibendum, omnibus proposita, qui in rem acturi sunt qualicumque in rem actione. *L. 3. §. est autem. D. ad exh.* scilicet ut res exhibita certo designari possit; ita designata vindicari. Nam aliter in rem agere non licet. *L. si in rem, D. de rei vind.* Sed hæ ita sunt de re furtiva, ut tamen non nascantur ex furto, sed ex eo quod qui agit dominus est, & fur qui convenitur, rem possidet, aut dolo malo desiit possidere: competituræ etsi ex alia caussa ad furem pervenissent: ut est omnium in rem actionum natura. *d. L. actionum,* *de obl.*

9) Nec placet quod Covar. *in C. peccatum de R. I. in 6. P. 2. Relect. §. 1. n. 1.* vult verba hæc adiecta considerato animo furis præsumpto. Furtum esse etsi fiat animo perdendi vel proiiciendi in flumen. Hinc autem videtur inferri quod vulgo statuunt non esse furem qui tantillum esuriens furatus, quo famem expellat, nec nudum qui sæviente frigore vile tegumentum subripuit, licet rationem hanc reddant quod tempore necessitatis, & ad eam sublevandam omnia sint communia, per *L. 2. in fin. de L. Rhod. de iactu.* Rain. Cors. 1. *Indag.* 8. Cov. *d. §. 1. n. 3.* Mar. Salomon. in *L. 1. §. 3. de inst. & iure* qui hæc iuris naturæ esse scribit, ut fame perituro non porrigens vel eripienti non cedens contra ius naturæ peccet ac necare videatur.

de obl. & act. Denique in rem [10] sunt, non in personam. Eoque nec sunt adversus furem, tanquam adversus eum, qui sit obligatus. *d. L. actionum.* Quamobrem nihil ad furtum, de cuius maleficii obligatione nunc quærimus.

XI. Sola est his condictio furtiva quæ huc pertineat. Est enim omnis condictio actio in personam: *d. L. actionum, de obl. & act. §. appellamus, Inst. de act.* Et quia in personam, etiam adversus eum qui nobis obligatus est. *d. L. actionum,* & *§. 1. Inst. de act.* Constituta igitur adversus furem non ut possessorem rei, sed ut eum qui maleficio suo se obligarit. Quæ obligatio est, quam hic ex hoc genere maleficij statuimus. Nascitur vero condictio furtiva & ipsa ex delicto: quoniam ex furto, ut plane ad obligationem huius delicti referri debeat. Idque ita diserte & de actione rerum amotarum & de condictione furtiva traditum est in *L. si mulier, §. pen. D. rer. amot.* Hac de caussa neque iisdem per omnia datur condictio furtiva neque adversus eosdem, quibus & adversus quos illæ superiores.

XII. Condictio furtiva soli domino [11] competit, & tamdiu, donec dominium rei ab eo recedat. *L. 1. L. sive, §. ult. D. de cond. furt.* quod est cum vindicatione commune. Hoc dissimile, quod condictio furtiva non cuivis domino competit, ut vindicatio; sed ei domino cui res surrepta est. *L. sed nec, D. eod.* scilicet ut in hac actione, quæ ex obligatione nascitur, sic agat dominus rei furtivæ adversus furem: ut agat tanquam adversus eum qui sibi sit obligatus. Quod non sit aliter, quam si ei obligatus sit ex caussa furti. Sed & condictio furtiva quia in personam est, datur heredi domini cui res surrepta fuit; quanvis verum sit ei surreptam non esse. *d. L. sed nec.* Idque ita ius est in omnibus fere actionibus in personam; in omnibus certe sine exceptione, quæ continent rei persecutionem. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Quod tamen in hac condictione sic accipiendum est, si modo & ipse heres manserit dominus rei. Nam nec domino ipsi, cui res vere surrepta est, condictio competeret, si dominium ab eo recessisset. *d. L. sive, §. ult. D. eod.* Non sic vindicatio: quæ cum domino soli competat sine alia adiectione, nunquam ad heredes transit, ut heredes. Sic enim transit, si & ipsi sint domini. At non hoc ideo fit, quia sint heredes, quippe cum transitura esset æque ad alios, si & ipsi domini rei furtivæ esse cœpissent, ut si cui ea res fuerit legata a testatore.

XIII. Condictio furtiva datur adversus furem sine dubio, similiter ut adversus eum daretur rei vindicatio; sed longe dissimiliter; datur enim, ut dixi, adversus eum qui domino obligatus est. Quæ obligatio quia rei persecutionem continet, etiam adversus heredem furis [12] transit. *L. si pro fure, §. ult. D. de cond. furt.* Non ita vindicatio: quæ quia solum datur adversus eum qui possidet, nunquam transit ad heredem possessoris, qui vivus sine dolo malo desiit possidere. *L. si in rem, 42. L. cum in rem, 52. D. de rei vind.* Quamobrem si quis rogetur, cui bono fuerit proponere domino rei furtivæ condictionem furtivam ad rem repetendam, cum esset vindicatio & ad exhibendum actio: in promptu est, quod respondeat, pleniorem esse actionem in personam ex maleficio, quæ & heredibus domini detur, & teneat furis heredem. Ut vere dictum sit in *§. sic itaque, Inst. de act.* hanc condictionem ideo introductam, non tantum ut fur pluribus actionibus teneretur; sed ut magis, id est arctius & plenius teneretur.

XIV. Non tamen de omni re furtiva superiores actiones competunt. Exceptum est ex omnibus tignum furtivum ædibus alienis vel vineis iunctum. De quo vetat lex duodecim tabularum sic agi adversus eum qui iunxit, aut iunctum habet, ut cogatur iunctum ædibus vel vineæ eximere, sed adversus eum, qui iunxit, lex in duplum actionem dedit. *L. 1. D. de tign. iuncto.* Quæ exceptio quatenus tignum iunctum quodammodo domino suo ademptum alii adiicit, eatenus pertinet ad rationem earum rerum acquirendarum, quæ nostris adiunctæ, his cedunt. Ubi & de hoc iure satis diximus. Quatenus autem domino adimit vindicationem, & condictionem tigni furtivi existantis, hac parte ad hunc

10) Et dantur contra quemvis qui tenet: nam & bonæ fidei emptor furtivas res restituit non refuso pretio *L. 2. C. h. t.* post alios Io. Bapt. Costa *de Facti scientia Dist.* 69. *Cent.* 2. Sed cautelam tradunt, ut emptor protestetur se emere nomine eius cuius est, paratus illi restituere recepto pretio. Bernh. Wurmser. *Lib. 1. Tit.* 31. *Obs.* 1. Legibus Boioariorum C. 12. *Tit.* 6. §. 1. furtivæ rei emptor iureiurando purgans innocentiam, quod apud eum erat ex medietate restituebat, ut tamen furem inquirere non desisteret. Quod si sciens emisset alterum tantum cum re domino reddebat & fisco 12. solidos dependebat *d. C.* 12. *Tit.* 12. §. 1.

11) Scilicet condictio certi. Incerti vero condictio furtiva etiam aliis possessoribus *L. 12. §. ult de cond. furt. L. 25. §. 1. h. t. iunct. L. 2. de cond. trit.* Pac. 4. Q. 23.

12) Recte: tametsi diss. Cuiac. 7. *Obs.* 37. *&* 13. *Obs.* 37. Vult *ad §. sic itaque l. de act. n* 10. *& seqq.* M Lycklama 1. *Membran. Ecl.* 18. vid. Ant. Fab. 4. *Coniect.* 1. P. Perrenon. 2. *Animadv.* 7.

hunc locum pertinet, in quo de re furtiva adversus furem actionem damus. Qua ratione non male Titulus *de tigno iuncto Digest.* subiectus est Titulo *de furtis*.

XV. Furti ipsius coercendi caussa etiam suae actiones sunt: & in summa duae. Nam ut de iniuriis, ita de furto & criminaliter agi potest, & civiliter. *L. ult. de furt.* Criminaliter, ut sit accusatio criminis comparata ad furem coercendum extra ordinem. Cuiusmodi actio inscriptionem desiderat in crimen, ut accusationes omnes, etiam si publicum iudicium non sit. [13] *d. L. ult. de furt. L. ult. D. priv. del.* Sed nihil haec actio ad hunc locum. Non enim in ea versatur obligatio privata, quam nunc in his maleficiis quaerimus: sed vindicta Reipublicae debita constituendae publicae disciplinae caussa. *L. locatio, §. quod illicite, D. de publ.* Ea huc pertinet, quae est civilis & pecuniaria, qua privatus a privato poenam delicti sibi debitam persequitur. Ea est, quae dicitur actio furti; ut ex furto duae sint in personam actiones, condictio furtiva, & furti actio. Illa petit rem furtivam; haec poenam privatam legitimam: res plane distinctas, ut proinde neutra actio ex his alteram impediat, neutra alteram consumat. *L. si pro fure, §. 1. D de cond. furt. §. ult. Institution. de obl. quae ex del.*

XVI. Poena furti privata duplex est. Una certa ab initio: ex eventu altera. Iam ab initio semper poena furti haec est; ex manifesto furto quadrupli, ex nec manifesto [14] dupli, & quidem ita, ut in hoc sive duplo, sive quadruplo non contineatur aestimatio rei furtivae, cuius, ut dixi, persecutionem extrinsecus habet dominus. *§. poena, §. ult. Inst. de obl. quae ex del. §. sed furti, §. item actio, Inst. de act.*

Fur

13) Ut de iis praefectus vigilum cognoscat *L. 3. §. 1. de off. praefect. vigil. L. pen. de cond. ca. da. L. 56. §. 2. h. t.* & praeses *d. §. 2.* Poena autem variabat pro ratione circumstantiarum, operis tamen publici modum non egrediebatur, ne quidem in expilatoribus & furibus nocturnis aut balneariis (quos Athenienses morte mulctasse liquet ex Arist. *Problem. Sect.* 29. Q. 14. de quibus vid. P. Victur. 7. *var. Lect.* 17. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 12.) *L. 1. de furib. balnear. L. 1. §. 1. & 2. de effract.* Ulp. apud Ruffin. vel quisquis auctor *coll. LL. Mosaic. Tit.* 7. Sed & Iustinianus membri abscissionem pro furto infligi vetuit *Nov.* 134. *C.* 13. Nec unquam igitur iure Dig. pro furto rei privatae quis summo supplicio affici potuit. Forner. 1. *Select.* 15. quicquid contra velit Cuiac. 9. *Obs.* 37. *per d. L. pen. de cond ca. da.* ad quam Resp. ibi praefectum vigilum vel legitimum modum poenae excessisse, ut DD. Hart. Hartm. *Lib.* 2. *T.* 50. *Obs.* 8. *n.* 5. vel, quod furius furte, de servo ibi non ceu furti comperto. sed seu in alio facinore deprehenso poenam exactam, ut ea decisione illic propositae speciei colligere est. Nam & Agell. 11. *Noct.* 18. decemviros ex manifestis furibus liberos verberari, addicique illis quibus furati erant, iussisse, servos autem verberibus affici & e saxo praecipitari. Sed a lege illa discessum esse Sane Draconis LL. cuiuscunque modi furtum morte vindicabatur. Agell. *d. lo* A. Aug. 4. *Emend.* 4. (sicuti & Britonum lege. Bodin. 6. *de Rep.* 6. *n* 764) ut & qui olera tantum subripuisset capite lueret. Plut. in eius vita, A. Guib. *Polyb.* C. 18. Unde Demades LL. Draconis non atramento, sed sanguine scriptas, quae & tacito illiteratoque consensu obliteratae. Henr. Steph. *in Iur. Civ font. & rivis in Praefat.* Cui similis acerbitas superiori aevo in Saxonia inferiori apud Balthici maris accolas viguit, hodieque fere apud Danos vigere refertur. Quanvis autem Solon dupli poena in fures animadvertendum statuerit, Agell. *d. loc.* quaedam tamen furti genera capitalia Graecis manserunt, ut in balneis, palaestra, & locis publicis facta, Aristot. *Problem. Sect.* 29 Q. 14. & 16. Item furta ficuum, unde Sycophantae dicti, qui ea deferrent, Fr. Pollet *Lib.* 4. *Dist fori C.* 5. *n.* 7. & *ibi in Corollar.* Phil. Broidae. Et fures nocturnos morte luisse, ex Demosth. probat Ioach. Steph. *Lib.* 2. *iurisd. C.* 15. *n.* 38. Phrygum quoque Lex fuit, ut si quis instrumentum aliquod eorum, quae agricolationi serviunt, furatus, capite plecteretur, Henr. Steph. *in d. Praefat. pag.* 2. Sed & antiquorum Sax. *LL Tit.* 4. furtum capitale. Hodieque deforme suspendii supplicium de furibus exigitur, non tantum apud omnes fere orbis Christiani nationes, (quod cum originem traheret ea constitutione Frid. *§ ult. de Pac. ten. n* 2. *Feud.* 27. ad vexata turbulentis bellorum motibus tempora accommodata, Forner. 1. *Select.* 15. A. Guib *Polyhist. C.* 18. acerbiusque, ita non quodvis furtum, sed cui violatio pacis publicae adiuncta, vindicante consuetudine generali, & apud Germanos publica lege Caroli V. *Ord. crim. Art.* 157. & *seq.* valde extensum, tametsi & ius Saxonicum constitutione illa Friderici antiquius furibus suspendium dictet, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 13. Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 32. *P.* 4. *n* 7. Petr. Termin. plures textus iuris Saxonici adducens *Process. C.* 58. *n* 4. & 5.) sed & apud Turcas Europaeos & Asiaticos, Laurent. Riseberg. *Relat rer. Turcic. C.* 4. *P.* 35. Leonh. Rauvolf. *Itinerar sui P.* 1. *C.* 3. etsi aliter puniri scribat Io. Boem. *Lib.* 2 *de Morib. gent. Cap.* 11 *pag.* 153. Chinenses fures virgis ad necem miserandum in modum caedere, scribit Io. Mendoza *Lib.* 3. *C.* 12. Hispaniolae incolas fures stipiti affixisse prodidit Gonzall. Ovied. *Hist. Indica Lib.* 5. *Cap.* 3. ceu refert Hieron. Benzo *Lib.* 1. *Hist. novi orbis C.* 36. Abyssini furibus oculos eruunt, traduntque homines misere captos publico mancipio; qui eos cithara & cantu victum mendicantes per omnes regni regiones ea lege perducat, ut alterum diem uno in loco manere utrique capitale sit. P. Iov. *Lib.* 18. *Hist. pag.* 865. Furciferos autem dici furti damnatos legimus, non quod olim aeque furca suspenderentur, sed a furcae, duplicis ligni cruribus subiici soliti gestatione. Plut. *Probl. Rom.* 70. & *in Coriol.* vid. Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 14. Taubman. *in not. ad Plaut. Mostell. Act.* 1. *Sc.* 1.

14) Et poena dupli non a praetoribus, ut Balduin. *ad L.* 12. *tab. Cap.* 56. sed ipsis decemviris imposita, vid. Cont. 1. *Subsec. Lect.* 2. & 14. tametsi quadrupli poena in manifesto corporali verberum vel servitii, quam decemviri statuerant, subrogata fuerit. Cur autem manifestum furtum gravius coerceatur, rationes diversas pete ex Cuiac. 19. *Obs.* 12. Fopp. ab Aezema 1. *Differt.* 20. Marc. Lycklama. 6. *Membran.* 13. P. Theodorico *Disp. Crimin.* 2. *Th.* 7. *lit.* C Olim & aliud conceptum furtum, aliud oblatum dicebatur *§. 3. & seq. I. hoc t.* eum perquisitio per lancem & licium obtineret, qua minutissima quaeque perscrutabantur & excutiebant. Quae unde ita dicta diverse exponunt Coras. *Epist.* 99. *Cap.* 3. Rev. *ad LL.* 12 *tab. Cap.* 26. P. Pithoe. 1. *Advers. Subsec.* 2. Goth. *in not. ad d. §. 4. I. h. t.* Sed num hodie licet rem furtivam in alienis aedibus quaerere. Negari videtur *d. §.* 4. Ast non simpliciter negatur, sed secundum veterem observationem. Ex caussa igitur licet, auctoritate iudicis, ex recepta sententia, rebus iudicatis firmata. Nec tenetur hoc casu iniuriarum, si res non reperiatur, uti teneretur si proprio motu quaereret *L.* 13. *§. ult. de iniur.* Inventio autem non probat furtum, nec ut in quaestionem detur sola efficit, nisi vilis sit homo, quique docere nequeat unde acceperit. Io. Koppen *Decis.* 3. De magicis furis investigandi modis, quorum vestigium in *L.* 15. *§.* 13. *de iniur.* Foreat. *Disl* 58. *n* 1. Wier. *lib.* 5. *de Praestig. daem. C.* 5. & 6. Io. Bapt. Porta *Lib.* 20. *Mag. natur. pag.* 664. Martin. Delrio *Disquisit. magic. Lib.* 3. *P.* 2. Q. 4. *Sect.* 9.

Fur manifestus est, qui aut [15] deprehensus est in ipso furto, aut deprehensus cum re furtiva prius quam perveniret in eum locum, in quem ferre destinarat. Nec manifestus is, in quo nihil istorum intervenit. *L.* 3. & *L.* 5. *seqq. D. de furt.* §. *furtorum, Inst. de obl. quæ ex del.* Unum genus est furti, ex quo actio constituta est in quadruplum etiam adversus fures nec manifestos; si quis quid abstulit, vel amovit ex [16] incendio, ruina, naufragio, nave, rato expugnata. *L.* 1. iuncta *L.* 3. §. *non solum, D. de inc. rui. nauf.* Qua in specie maleficium gravius maiore etiam pœna vendicandum esse visum est, ut & in damno ex his caussis dato supra suo loco diximus. Quadruplum aut duplum cum hic dicimus, nempe alicuius simpli quadruplum, aut duplum dicimus. Non est enim quadruplum, nisi sit aliquod simplum quod quadrupletur; nec duplum, nisi sit quod dupletur. Atque ut est id simplum in re quaque, ita in eo quadrupli, & dupli quantitatem pro portione exsistere necesse est. Ex minore simplo minorem, ex maiore maiorem. Id ergo simplum in furti actione quodnam sit, quæritur. Et placet in hac actione non quod interest quadruplari; sed rei verum pretium [17] *L. furti*, in pr. *D. de furt.*

XVII. Ex eventu accedit pœna altera infamiæ. Nam & qui furti damnatus erit suo nomine, notatur infamia. Nec interest furti manifesti damnatus sit, an nec manifesti. *L. athletas*, §. *ult. L. furti*, in pr. *D. de his qui not. inf.* Idem est etsi furti nomine pactus est: dum cum pretio quantocumque pactus, ut sic de furto transigeret. *d. L. athletas*, in fin. *L. furti*, §. *pactusque, de his qui not. inf.*

XVIII. Hæc actio ut re petita multum differt a condictione furtiva: ita neque iisdem personis convenit, neque adversus easdem personas. Condictio furtiva datur solum domino, cui res surrepta est, ut diximus. *d. L.* 1. *L. sive*, §. *ult.* & *L. seq. D. de cond. furt.* Furti actio non domino, sed ei cuius interfuit non surripi. *L. cuius*, 10. *D. de furt.* §. *furti autem, Inst. de obl. quæ ex del.* Interest interdum domini, nonnunquam & alius qui dominus non sit, ideo hæc actio his vel his modo domino datur, modo alii. Si res apud dominum fuit, cum surriperetur, solius eius interest furtum factum non fuisse: quoniam rei surreptæ nomine adversus alium, quam adversus furem actionem non habet. Quamobrem & huic quoque competet actio furti, uti & condictio furtiva. Quod si res erit apud alium iusta ex caussa, puta deposita, commodata, pignori data, data locationis aut conductionis caussa; placet in his omnibus eius interesse rem non surripi, eoque & furti actionem habere, qui ob id tenetur, quod ea res culpa eius perierit. *L. eum qui*, 14. §. *an pater, D. de furt.* Qui sint, qui in his contractibus teneantur re furto amissa, supra suis locis diximus. Quicunque hi erunt, generaliter recte statuemus his solis competere furti actionem: qualis est commodatarius, creditor in pignore, locator & conductor in re locationis nomine accepta: interdum & depositarius, si culpam in se recepit. Quæ summa est exemplorum tam multorum, quibus hæc res explicatur cum alibi, tum maxime in §. *furti autem*, & duob. seqq. integris, *Inst. de obl. quæ ex del.* item in *d. L. cuius*, 10. & 5. *LL. seqq. D. de furt.* Sed meminerimus in omnibus hanc esse conditionem, si modo ex iusta caussa rem teneant, ut superiores. Malæ fidei autem possessori furti actio non datur, quanvis intersit eius rem non surripi, cum periculo eius sit. Recte enim dicitur, neminem ex improbitate sua consequi actionem. *L. itaque*, 12. *D. de furt.* Sed & hanc conditionem addemus prioribus, ut iis superioribus furti actio quia eorum interest rem non surripi, si modo & ipsi solvendo sint. Si autem non sint, ad dominum actio redit ex eadem definitione, quia iam domini interest rem salvam esse, quam ab illis consequi non potest, qui solvendo non sunt. Hoc in *d. L. itaque*, 12. *de furt.* §. *item sin*, circa fin. *Inst. de obl. quæ ex del.*

XIX. Atque ut non iisdem datur furti actio, quibus condictio furtiva: sic nec adversus eosdem. Condictio furtiva adversus furem est, heredemque eius, non etiam adversus alios. *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Furti actio primum adver-

15) In *d.* §. 3. legitur *Visus vel deprehensus*: Unde Cuiac. 11. *Obs.* 38. solo visu fieri furtum manifestum, ita tamen, si dominus acclamaverit: Quo te fur prompis, quove res abit mea. Contra A. Gentil. *Lect. Virgil. Cap.* 5. quia alias ubique solum verbum deprehendendi. Ideoque ibi vox *Vel.* interpretationis esse, non alienationis.

16) *L.* 1. *C. de naufrag. lib.* 11. *auth. navigia C. h. t.* ubi improba consuetudo res naufragas dominis territorii, ad cuius littus expulsæ addicens, aboletur, ut & *Ord. crimin.* Caroli V. *Art.* 218. Gail. 1. *Obs.* 18. Covar. *in C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 1. *n.* 5. Andr. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ducum Sax. n.* 138. *& seq.* tametsi contra invaluisse scribat Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 173. & Rex Galliarum in littus Normandiæ expulsa sibi vendicet, nisi intra septimanas adsit, qui vindicet. P. Greg. 9. *de Rep.* 2. *n.* 29. (æquitatem huius iuris confirmare nitens) Zach. Fridenreich. *Politic. C.* 30. *p.* 255.

17) Ubi vid. not. Goth. ad verbum exscripta ex Forner. non laudato 2. *Select.* 19.

versus furis heredem nunquam competit. Pœnam enim continet. Pœnales actiones in heredes non dantur. § 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Quod autem ad principales personas attinet eorum, qui furti statim obligantur, hæ tres sunt, non una. Fur quidem sine controversia: cum furti coercendi caussa hic agatur: unus autem sit fur, in quo furtum consistat. Sed non minus & [18] is, cuius ope & consilio furtum factum est, quanvis furtum non faciat, & de utroque significatur in §. *interdum quoque, Inst. de obl. quæ ex del.* Quid sit ope & consilio alicuius furtum fieri, de eo ita scriptum est in *L. in furti*, §. 1. *D. de furt.* Ut videatur consilium dare is, qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem ferre, qui ministerium atque adiutorium ad res surripiendas præbet. Exempla exstant in *d.* §. *interdum quoque*. Cuiusmodi est, si quis nummos alteri excusserit consulto, ut fur deinde tolleret: si furi ædes conscensuro scalas, murum subfossuro, aut ædes effracturo ferramenta subministrarit sciens, quam ad rem illa pararentur. Duo hæc [19] coniunctim exigimus; ut neque furti teneatur, qui consilium furandi dedit, si opem non tulit; neque qui opem tulit, nisi consulto fecerit, ut furtum committeretur. *d. L. interdum quoque*, in fin. *L. sæpe*, in fin. *D. de verb. sign.*

XX. Postremo & furti tenentur nautæ, caupones, stabularii, navem, cauponam, stabulum exercentes, non tantum si ipsi quid furripuerint vectoribus vel hospitibus suis, aut si quod eorum ope & consilio furtum factum sit: sed etiam si quod factum erit a quoquam eorum, quos ibi habebunt, seu quorum opera ad navem, cauponam, stabulum exercendum utentur. *L. unica, D. furt. adv. nau. caup. stab.* Fatendum tamen est hanc actionem ita nasci ex furto, si initium & caussam spectemus. Sin spectamus personam exercitoris eius, cum quo agitur, qui suo nomine convenitur, non alieno; fatendum est adversus eum actionem ex maleficio non esse, sed ex quasi maleficio. Neque enim hi exercitores furtum fecerunt quod constat: & sæpe furtum non fit eorum culpa, ac nec furto caussam dederunt. Quam ob caussam etiam hoc genus inter obligationes, quæ ex quasi delicto nascuntur, numeratur: ubi iterum attingendum erit.

XXI. Non semper tamen adversus eum qui furtum fecit, est furti actio. Duo genera personarum hic excipienda sunt. Primum est filiorumfamilias & servorum, si quid hi parentibus aut dominis, quorum in potestate sunt, surripiant. Hos quidem convenit hoc modo furtum facere, rem ipsam surreptam furtivam fieri, eoque non magis usucapi posse, quam res cæteras furtivas. Sed placet furti actionem adversus eos non nasci: sicuti nec ex ulla alia caussa potest inter patrem & filium qui in potestate est, inter dominum & servum nasci. §. *hi qui, Institution. de obligat. quæ ex del.* De servis ius certum & perpetuum. §. *si servus, Institution. de nox. act.* Idque eo minus mirum est, quod servi iure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet, D. de reg. iur.* At cur idem in filiisfamilias placeat, merito quæritur. Nam ut omittatur illorum conditio, qui & liberi sunt, & cives Romani: ipsum adeo ius de horum obligatione traditum repugnare videtur. Nihil enim certioris iuris, quam filiosfamilias ex omnibus caussis tanquam patresfamilias, obligari. *L. filiusfamilias, D. de obl. & acti. L. tam ex contractibus, D. de iud.* Et vero ei sententiæ contrarium dici in hac specie fatendum est, cum negamus filiumfamilias patri obligari. Nemo enim ignorat futurum fuisse, ut si paterfamilias factus esset, id est sui iuris, iure patri obligaretur. Sed ideo hoc defenditur, quia hæc illius superioris iuris exceptio est. Verumtamen ita exceptio, ut caussam excipiendi subesse oporteat. Hanc ergo quærimus, quod & fecerunt veteres. Hinc enim est, quod huius partis rationem studiose reddiderunt. Hanc autem duplicem legimus. Una est Ulpiani in *L. servi*, 17. *D. de furt.* ut ideo servi & filii nostri quanvis furtum nobis faciant, tamen non teneantur furti; quia sit supervacuum prodidisse hoc casu actionem. Neque enim inquit, qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare. Sed hæc ratio patet latius, quam ut videatur satis filiofamilias convenire. Denegat enim actionem in filium etiam peculii castrensis & quasi castrensis nomine. Non recte, ut mox dicetur. Altera igitur & certior est Pauli in *L. ne cum*, 16. *D. eod. ne*, inquit, *cum filiofamilias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est*, id est non eo fit, quia cum alio-

qui

18) Non ex lege aliqua vel edicto, sed prudentum interpretatione. Actionem enim eam a Iurisconsultis proditam scribit Cic. 3. *de nat. deor.* Ræv. *de Auct. prud.* C. 13.

19) Vid. Gœd. *ad d. L.* 53. Cuiac. *ad L.* 27. §. 1. *eod tit.* Pac. 4. Q. 24.

qui per se posset esse patri cum filio actio, tamen ius ita sit constitutum vel ob alias caussas, vel certe ob istam superiorem, quia ineptum sit litigare adversus furem, in quem possis tua auctoritate statuere: sed quia istarum personarum ea conditio est iure civili, ut ea manente non possit natura rei inter patrem & filiumfamilias consistere obligatio, etiam si velimus. Hoc recte. Nam si dominus adversus servum agere velit, non potest nisi ut servus aut solvat de peculio, aut corpore ipso luat, quod domino dedatur, ut saltem illi satisfiat. Atqui utrumque iam habet dominus & suum. Non enim tantum peculium servi domino acquiritur: *§. item vobis, Inst. per quas pers.* sed ipse servus totus domini est. Si recte definitur servitus, qua quis dominio alieno subiicitur. *Inst. de iur. pers.* in pr. Ut hoc statu rerum posito, si velit dominus de superioribus rebus agere, necesse habeat secum ipse experiri, efficiaturque idem creditor & debitor, id habens, quod sibi ipse solvere debeat. Hoc vero natura non patitur. Eadem ratio, ut olim ius fuit, in filiofamilias locum habuit, fuit enim tempus, cum quidquid acquireret filiusfamilias id omne acquireret patri. Postquam autem excepta sunt peculia castrensia & quasi castrensia, quæ filiorumfamilias propria esse iussa sunt tanquam si patresfamilias essent: non iam amplius superiori rationi in his bonis locus est. Quamobrem ne superiori iuri quidem. Omninoque ita statuemus, si quid filiusfamilias patri surripuerit, & is peculium habeat castrense aut quasi castrense, eum patri ad quantitatem huius peculii [20] teneri. Quidni? cum diserte traditum sit in *L. lis nulla, D. de iud.* litem, id est actionem consistere posse inter patrem & filium de castrensi peculio? Si de omnibus caussis hoc dictum est, res absoluta est. Si de negotio inter patrem & filium gesto, an dubitamus eum qui ex contractu patri obligatur, multo magis ex maleficio obstringi oportere? Adde quod traditum est & illud generaliter, filiumfamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungi. *L. 2. D. de sen. Maced.*

XXII. Quod tamen dixi ius superius in servis esse perpetuum: in omnibus aliis caussis perpetuum accipiemus, una hac excepta, de qua provisum est edicto, si servus testamento domini liber esse iussus, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse quid dicetur. Hunc servum nondum adita hereditate constat servum manere. Non enim liber fieri potest nisi ex testamento. Nihil autem in testamento valet ante quam adeatur hereditas. *L. ea quam, C. de fideic.* Constat & illud, si quid hereditarium servus surripiat, hunc furtum dominæ suæ facere. Sic enim iure civili habetur hereditas nondum adita, ut domina existimetur. *L. hereditas, D. de acq. rer. dom.* His positis si civilem rationem sequimur, consequens erat hic deficere actionem, quandocumque adita foret hereditas, quia ab initio nulla obligatio constitisset inter dominum & servum. Id ne fieret in hac specie, prospectum est edicto, & adversus hunc furem actio furti constituta in duplum, uti fieret si manumissus iam & liber factus aliquid surripuisset. In quo prætor naturalem æquitatem est secutus: indignum ratus, si iste servus beneficii occasione, & spe imminentis libertatis abuteretur ad maleficium, & fraudandum eum a cuius decessore beneficium accepisset. Hoc in *L. 1.* in pr. & toto tit. *D. si is qui test. lib. esse iussus erit.*

XXIII. Alterum genus eorum, qui cum furtum fecerint, furti tamen non tenentur, est viri & uxoris, si quid alter alteri constante matrimonio amoverit. Uxor vero si quid amovit, furtum facit. Sed furti non [21] tenetur constituto iure, ut est in *L. 1. D. rer. amot.* id est ita de eo ius constitutum est, ut non teneatur furti. Vitandæ scilicet turpis actionis caussa in honorem matrimonii, ut est in *L. 2. eod. tit.* Hinc nomen quæsitum conveniens rei, ut genus facti non diceretur furtum, sed mitiore vocabulo amotio, & res amotæ. Unde actio eo nomine prodita etsi condictio est, re per omnia similis condictioni furtivæ, *L. rerum 26. L. si mulier, 21. §. pen. D. eod.* non tamen dicta est condictio furtiva, sed proprio nomine actio rerum amotarum. *L. 1. L. 25. 26. 27. 29.* & toto tit. *D. eod.* Quid ergo, mulier marito impune res amoverit? Sane ita impune, ut non sit ulla pœna maleficii ipsius vindicandi caussa. Alioqui esset in eam rem furti actio. Sed non ideo ita impune, ut nulla sit actio eo nomine. Immo illa est constituta, quam ante dixi, actio rerum amotarum, earum rerum persequendarum gratia. Quæ cum nul-

20) Non tamen furti actio famosa tunc danda in filiumfamiliam per *L. 2. rer. amot.* & quia filiusfamilias vivo patre dominus habetur. *L. 11. de lib. & posth.*

21) Vid. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5. ubi putat auctores *d. L. 1.* negasse etiam furti in socium, licet alii contra *L. 52. pro soc.*

nullam maleficii pœnam habeat, ideo dicitur rei persecutionem continere. *d. L. si mulier*, §. *pen. D. eod. tit.* Sed non eo minus nascitur ex delicto, uti & condictio furtiva, ut diserte traditur in *d. L. si mulier*, §. *pen.* Utraque enim pariter ex furto, etsi in uxore magis placuit hoc furtum res amotas nominari, ut ante dixi. *d. L.* 1. *eod. tit.* Quæ res nos admonet & exceptionem ad furtum, & obligationem eiusque obligationis caussam & actionem ad hunc locum debuisse referri.

XXIV. Sed non statim rebus ab uxore amotis huic actioni locus est. Habet actio has conditiones, si uxor constante matrimonio res amoverit, idque divortii consilio, aut dum aliter matrimonium solutum iri speraт, & divortium secutum fuerit. Soluto matrimonio si quid mulier intervertat de rebus mariti, usque adeo furti tenetur ut reliqui fures, & quanvis amoverit constante matrimonio, teneatur tamen furti, si contrectet easdem res post divortium. *L.* 3. in pr. *D. eod. tit.* Reliquæ conditiones nominatim comprehensæ sunt in *L. rerum quidem.* 25. *eod. tit.* Si quid ergo amovit uxor constante matrimonio, sed non divortii consilio: aut consilio quidem divortii, sed divortium secutum non est: illic scriptum est cessare rerum amotarum actionem. Sed additur *ibidem* non ideo carere hanc amotionem sua actione: condici enim posse nihilominus res ipsas, condictionem fore sine caussa, vel potius ex iniusta caussa. Cuius & mentio fit *tit. de cond. ex lege, & sine caus. vel iniuf. caus.* quæ quidem actio sub alia appellatione eamdem vim & effectum habet.

XXV. Quæ de uxore res mariti amovente diximus, eadem vice versa & in marito res uxoris amovente locum habent, ut sint scilicet & uxori adversus eum eædem actiones ob res amotas, & iisdem conditionibus, *L. mulier, L. Marcellus, L. de rebus, D. de rer. amot.*

CAP. XXXI.

De rapina: seu de vi bonorum raptorum.

Rapina seu vis raptorum bonorum publica & privata pœna coercetur. Publica nihil ad nos. I.

Privata pœna in eo qui rem suam vi rapuit; amissio rei: in eo qui suam putavit, & sibi debitam rapuit; crediti amissio. II.

Sed adversus eum qui sciens alienam licet sibi obligatam rapit pœna est quadrupli: in quo tamen inest & rei persecutio. II.

I. Superiora proxima maleficia rei alienæ amotionem & ablationem habent, sed clandestinam. In quibus furtum, & res amotæ: de quibus diximus. Etiam vi aperta res auferuntur. Quod qui facit in rebus mobilibus, dicitur uno verbo rapere; genus maleficii rapina, & vis bonorum raptorum. *Inst. de obl. quæ ex del,* in pr. *Tit. de vi bon. rapt. Digest.* & *Inst.* Maleficium eo gravius, quod cum vis cum alieno incommodo coniuncta sit; etiam perturbat respublicas, excitans pugnas inter cives. Quam ob caussam præcipue esse existimatur adversus bonos mores. *L.* 3. *D. quod met. caus. L. nihil tam consensui, D. de reg. iur.* Ideo & severius vis omnis coercetur legibus, & quidem legibus publicorum iudiciorum, lege Iulia de vi publica, & lege Iulia de vi privata. Ex quibus & publica accusatio est: *Tit. ad leg. Iul. de vi pub.* & *Tit. ad leg. Iul. de vi priv.* Sed hæc criminis exsecutionem & vindictam habet, quæ cum pendatur Reipublicæ ad hunc locum non pertinet.

II. Etiam de vi bonorum raptorum privata pœna & obligatio est, eiusque pœnæ persequendæ caussa civilis & privata actio [1] constituta, ut de iniuriis & furto. Est autem constituta varie pro qualitate delicti. Alia est adversus eum qui rem rapuit sine dolo malo; alia adversus eum, qui dolo malo, Commune hoc quidem utriusque generis, quod nulla hic vis est impunita. Hoc dissimile, quod illa mitius punitur. Hæc gravius. §. 1. *Inst. de vi bon. rapt.* Rem rapere sine dolo malo existimantur duo; dominus rem suam alicui vi auferens:

1) Quam de utraque vi publica & privata dari censet Goed *ad L.* 41. *de V. S. n.* 2. Non obstare putans *L.* 2. §. 1. *h. t.* Ibi *legi Iulia de vi privata*. Nam Resp. Etsi ei soli per hanc actionem fiat præiudicium, non tamen ideo actio hæc ad solam vim privatam spectat. Sed ideo iudicio publico de vi publica non præiudicat, quod eius pœna deportatio, vis autem privatæ bonorum tertiæ partis ademptio *L.* 10. §. *ult. ad L. Iul. de vi publ. L.* 1. *de vi privata*. Vel inquit legendum in *d.* §. 11. *lege Iulia de vi* reiecta voce *privata*.

rens: & qui rem suam esse existimans idem facit. Hac de caussa convenit hos in quadruplum non teneri: quæ pœna edicto est constituta adversus eos tantum, qui dolo malo bona rapuerunt. Hæc in *L. 1.* in princip. *§. hæc actio vulgo, D. de vi bon. rapt. §. 1. Institution. eod.* Sed tenentur [2] *L. si quis in tantam, C. unde vi.* & decreto Marci Antonini, quod exstat in *L. exstat, D. quod met. caus.* Est autem hæc pœna, ut qui rem rapuit, si quidem dominus est, possessionem quam abstulit possessori, & dominium eiusdem rei amittat: quo iure intelligimus possessori & condictionem ex lege ut adversus eum qui ex maleficio sit obligatus, & vindicationem ut domino esse constitutam. Sin autem res aliena fuit; non solum eam possidenti reddat, sed etiam æstimationem eiusdem rei adiicere cogatur. Quas ad res parata est possessori condictio ex lege. *L. unica, D. de cond. ex lege.* Estque hæc sententia *L. si quis in tantam.* Quod si res erepta ita aliena erit, ut tamen sit ei qui suam putavit, debita; ex decreto illo vetere Antonini invasor ius crediti amittit. *d. L. exstat, quod met. caus.* Quod cum fiet, hæc amissio abunde pro iusta rei æstimatione cedet, uti fieret cum dominus rem suam rapuit. Ubi is non aliam pœnam patitur, quam ut rei suæ dominium amittat. Cumque in his omnibus pœnæ constitutæ obtinendæ caussa nulla alia actio proposita sit, quam condictio aut vindicatio: intelligi oportebit nulla ex his damnatum invasorem infamia notari. Nulla enim condictio infamiam irrogat, quanvis ex famosa caussa pendeat. *L. cessat, D. de obl. & act.* multo minus autem vindicatio, quæ cuique ex dominio suo, non ex maleficio adversarii nascitur. *L. 1. D. de his qui not. inf.*

III. Contra dolo malo rem rapere intelligitur omnis, qui alienam rapit, quam alienam esse sciat, etiam si sit ei obligata vel debita. Et ad hunc pœna edicti pertinet. *L. 2. § hæc actio vulgo, D. de vi bon. rapt.* Ea est in quadruplum ei cuius bona rapta esse dicentur adversus eum qui rapuit. *d. L. 2.* in pr. *Institut. eod. tit.* In pr. Pœna non otiose constituta adversus raptorem, qui etsi fur est, & fur [3] improbus; tamen qui manifestus fur [4] non est, utpote non deprehensus in furto prius quam rem pertulisset eo, quo destinarat, non potuit ex caussa furti actio esse adversus eum nisi in duplum. Nunc autem ex edicto est in quadruplum. *L. 1. D. de vi bon. rapt. Institution. eod.* in pr. Sic tamen in quadruplum, non ut totum quadruplum pœna sit, ut sit in pœna furti quadrupli: sed in quadruplo insit rei persecutio, pœna autem mera sit tripli. *Inst. ibidem.* Cætera cum furto communia. Itaque & adversus raptorem condictio furtiva est: *L. sive, §. 1. D. de cond, furt.* & vi bonorum raptorum damnatus similiter ex edicto fit infamis. *L. 1. L. athletas, §. ult. D. de his qui not. inf.* Si quæ sunt alia ad edicti explicationem pertinentia, nullo negotio sumi possunt ex *L. 2. D. de vi bon. raptor.* & ex edicto *Tit. Institution.* ubi recto ordine exponuntur.

CAP.

2) De quo fuse Menoch. *Recup. poss. Remed.* 9. Verum rigorem hunc communi Christiani orbis usu in praxi antiquatum esse, scribit Covar. 3. *var. Resol.* 16. *n.* 7. & Sarment. 2. *Select. Interp.* 13. *n.* 7. Nunquam, ait, vidi pœnam huius legis practicari, nec remedium hoc intendi. Contra Menoch. *d. Remed.* 9. *n.* 8. quia multis, ait, LL. municipalibus corroboratur, & Io. Guttierez. *Pract. QQ. Lib.* 1. *Q.* 77. hanc dispositionem in praxi servandam, cum nec per 100. annos, non usu mero L. tollatur. Rigorem hunc necessarium esse in Republica Christiana, ut quisque suis tuto frui possit, seditionesque evitentur. Iure Saxonico quæ in his casibus pœna vid. *Diff. Iur. Civ. & Sax. P.* 4. *Diff.* 14. *& seq.* ubi Francisc. Roman. *in Addit. ad Diff.* Fachlii 61. *n.* 7. si vis publica concurrat, dispositionem iuris civilis iudicando attendi, secus si privata.

3) *L.* 2. §. 10. *h. t. L.* 14. §. 12. *Quod met. ca.* Tametsi Covar. *in C. peccatum de R. I. in 6. P.* 2. *Relect.* §. 1. *n.* 2. velit furem eum dici secundum impropriam definitionem, ac rapinam speciem distinctam esse a furto, nec proprie rapinam esse furti speciem.

4) Immo vocatur fur manifestus *L.* 80. §. 3. *de furt.* Tenetur igitur furti manifesti, quando in delicto deprehensus. Si non comprehendatur tum vel actione nec manifesti furti experiri licet in duplum, vel vi bonorum raptorum in quadruplum *L. 1. h. t.* vid. Arumæ *ex. Iustin.* 17. *Ib.* 10, Quanquam alii mitiorem ideo pœnam raptoris quam furis manifesti, quia Lex putavent pauciores fore, quibus animus rapiendi esset ob paratam defensionem possidentis, quam qui rem absentis forari auderent, ideoque durius caverit, ubi maius periculum est verita, Rain. Corf. 1. *Indagat.* 5. add. Forst, 7. *de success.* 15. *n.* 20. Fopp. ab Aezema 1. *Differt.* 20. Marc. Lycklama *Lib. 6. Membran. Ecl.* 13. Alii, sed incommode, quia rapina etiam L. Iul. de vi potest coerceri, cuius pœna deportatio vel gravior. Conrad. Wolf. *Erotemat. Instit. h. t.*

CAP. XXXII.

De vi possessis rebus; adversus eam vim quæ deiecto actio; & de interdicto unde vi.

Possessionis usurpatio per vim facta aut illam in totum aufert, aut minuit. Utraque vis sua quæque actione vindicatur. I.
Vi deiecto fuit olim interdictum unde vi: *Iustiniani tempore sola utilis actio ex interdicto* II.
Interdicti unde vi *explicandi methodus; & partitio a caussa.* III.
Deiectus vi intelligitur qui possidet, sive animo sive corpore; sive iuste, seu iniuste possideat. IV.
Deiectus autem de re soli, aut solo cohærente. Triplex deiiciendi modus & qui. V. VI.
Item cum effectu deiectus ut nec per alios possessionem retineat. Emendatur Ulpiani locus in L. 1. §. hoc interdictum 44. D. de vi & vi. VII.
Interdictum fructuario & usuario quatenus datum. VIII.
Huius obligatio & actio res continet, & personas. IX.
Res, ut restituantur immobiles primo: deinde & mobiles quas tunc habuit deiectus sive suas, sive alienas. X. XI.
Mobiles habuisse quomodo deiectus probet ex Zenonis constitutione. XII.
Fructus rei omnes, & omnis caussa atque utilitas ex hoc interdicto restituendæ intra annum: post annum id solum quod ad deiicientem pervenerit. XIII. XIV.
Interdictum, sive utilis ex eo actio competit deiecto per se aut per alios. XV.
Etiam cum vi, clam, precario possedit. XVI.
Competit omnino adversus eum solum qui vi deiecit; non autem adversus alium possessorem. XVII.
Deiecisse intelligitur non solum qui ipse deiecit: sed & qui mandavit, iussit, ratamve habuit deiectionem. XVIII.
Datur etiam adversus eum, cuius familia eo ignorante, nec postea id ratum habente, deiecit. Recte hoc constitutum; & quare. XIX.
Quid novi veteri interdicto unde vi adiecerit Iustinianus. XX.

I. Etiam in res immobiles alienas vis adhibetur lucri nostri caussa: non tamen ad rem eripiendam, vel auferendam, quæ loco moveri non potest: sed ad possessionem rei usurpandam. Omnis usurpatio alienæ possessionis, quæ vi tentatur, aut ad possessionem in totum veteri possessori auferendam spectat, aut ad minuendam. Aufertur possessio re per vim occupata, deiecto inde prius possessore. Minuitur ei, cui vis fit, quominus uti possidet iure, ita plene possideat. Et in utroque genere vis suis quæque actionibus vindicatur. Illa in primis utpote gravior, qua quis deiecto vetere possessore possessionem occupat. De qua etiam prius est, ut cognoscamus.

II. Ne quid ita per vim admittatur, iisdem legibus Iuliis de vi publica & privata præcipue cautum est, §. *recuperandæ, Inst. de interd. L.* 1. in pr. *D. unde vi.* Sed & deiecto placuit privatam esse persecutionem ad recuperandam possessionem, & ea damna sarcienda, quæ per eam deiectionem contigerunt. Propositum olim in eam rem interdictum unde vi, quod exstat in *L.* 1. & explicatur deinceps toto *Tit. D. unde vi, seu De vi & vi armata*. Interdictum appellatum *unde vi* a primis verbis interdicti, sic enim verba erant, *unde vi tu illum deiecisti*, d. *L.* 1. Itaque passim sub eo titulo ita dici legimus, ut *L.* 1. *§. ex interdicto. L.* 3. *§. unde vi. L.* 6. *L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. *L.* 18. *eod. tit.* nusquam ibi aliter. Et ita etiam huius Tituli inscriptio est in Codice. Legitur tamen vulgo in Pandectis ita, [1] *De vi & vi armata*. Ut intelligatur idem interdictum, quod est de vi, unum de vi privata, quod simpliciter dicitur de vi, alterum de vi armata. Quæ duo olim fuisse recte Duarenus observavit

1) Non igitur mutanda inscriptio ut legatur: Unde vi & de vi armata, ut Goth. *in Rub. h. t.* Gilb. Reg. 1. *Enant.* 25.

vit [2] *Lib.* 1. *Disput. C.* 20. Hoc etsi non usitate, & præter morem loquendi toto eo titulo a veteribus usitatum: non male tamen: Nam & Ulpianus alibi vocat interdictum de vi. *L. si quis vi*, in pr. *D. de acq. poss.* Hoc interdictum vi ipsa nihil aliud iam ab initio fuit, quam actio iuris nostri persequendi caussa. Ut & alia omnia interdicta. *L. actio*, *D. de obligat. & act.* Hodie quidem certe formulis interdictorum sublatis nihil nobis relictum est, nisi actio in factum loco veteris interdicti. *§. ult. Institution. de interd. L. pen. L. ult. C. eod.* Hæc actio omnis in personam est. Sic enim intelligi necesse est; si non est in rem, ut certe non est; *L. cum a te 7. D. unde vi.* Non enim plura sunt genera actionum, quam hæc duo, in rem, & in personam. *§. 1. Inst. de actionib. L. actionum, de obl. & act.* Quod si in personam, necesse est & illud intelligi esse adversus eum, qui nobis sit obligatus: quod est omnium actionum in personam commune. *d. L. actionum, d. §. 1. de act.* Unde igitur illa obligatio, qua tenetur is, cum quo ex hoc interdicto agitur? Palam est ex delicto & maleficio esse, cum nascatur ob vim illatam. Et maleficium nominatur in *L. 1. §. quod igitur*. Delictum in *L. pen*, in fin. *D. eod.* Quod si ita est, convenit & hanc obligationem atque actionem inter eas quæ ex maleficio nascuntur, numerari. Et sane valde absurdum esset furtum, rapinam, damnum adeo sine vi datum recenseri inter maleficia: hoc singulare genus maleficii in hoc numero non haberi. Si res ad formulam interdictorum revocatur, & ex ea propositum alicubi est de omnibus interdictis tractare, recte fit, si & hoc ad eum tractatum refertur, ut factum est in *D. C. & Inst.* Sed si hic spectamus rem ipsam, id est obligationem, & caussam atque originem huius obligationis, plane ad hunc locum atque hæc genera pertinet.

III. Pertinet ergo hoc sive interdictum, sive actio ad recuperandam vi amissam possessionem. Unde & recuperandæ possessionis dicitur. *L. 1.* in pr. *D. eod. L. 1. §. est igitur, D. uti possid. §. recuperandæ Inst. de interd.* Qua ex caussa nascatur, & quid contineat, videamus. Quæ partes sunt, quibus hoc remedium iuris continetur, de quibus iisdem comprehensum est edicto in *L. 1.* in pr. *eod.* Caussa hæc est, Si quis aliunde deiectus sit, expressa verbis his edicti: *unde tu illum deiecisti, aut familia tua deiecit*: Ut quis deiectus intelligatur, quatuor his in rebus positum est; in persona deiecti; in re, unde deiicitur; in deiiciendi modo; in deiectionis effectu. Nam neque in omnes personas cadit deiectio, neque in res omnes: & certus deiiciendi modus est; nec quisquis delectus est corpore de re aliqua, continuo simpliciter deiectus, aut deiectus est effectu. Ita propria sunt quædam in singulis his partibus ad deiectionem pertinentia, quæ cum interveniunt, sæpe delici intelligitur, qui alioqui non videretur; cum autem quid eorum deest, nemo delectus dici potest, neque vis ad hoc interdictum pertinet.

IV. In persona eius quem deiectum videri volumus, hoc exigitur ad deiectionem, ut possideat cum deiicitur. Solus deiici intelligitur, qui [3] possidet. Qui non possidet, deiici non potest. Quamobrem nec ei hoc interdictum competit. *L. 1.*

§. deii-

2) Cuiac. 6. *Obs.* 4. *& ad L.* 41. *de V. S.* Ubi vim privatam quotidianam vocatam putat (licet Hot. 7. *Obs.* 6. vim quotidianam, quæ & Festucaria Agell. 20. *Noct.* 9. diversam fuisse velit ab armata & sine armis, ac triplicem vim a prætoribus notatam.) Et interdictum de vi privata quotidianum fuisse nec perpetuum, ut alterum. Quotidianum dari tantum possessori deiecto. Interdictum de vi armata etiam colono. Illud negari contra liberos & parentes, hoc non item: Illud exceptionem habuisse, si nec vi nec clam nec precario a te possedit. Hoc etiam contra eum, a quo deiectus, vi clam precario possedit &c. add. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 2. *& seqq.* Vis autem privata dicta quæ sine armis, P. Greg. 36. 25. *n* 22. uti & publica armata quia privatis armorum usu interdictum *L.* 1. *ad L. Iul. de vi publ. Tit. C. ut arm. usus Nov.* 85. Duar. 1 *Disp.* 22. Videtur igitur Reipublicæ vim inferre, inscio principe arma sumens, Io. Tavard. ad *Rub. C. h. t. n.* 8. sentiens ita dicendum in latiori acceptione vis publicæ, stricte autem vim publicam dici, quæ hostili animo in Rempublicam infertur, atque eo modo vim armatam non esse publicam, sed privatam vocari 5 *Sent. Pauli* 26. §. 3. Contra Hotoman. 7. *Obs.* 6. *circ. fin.* publicam quoque vim dici sine armis *L.* 7. *de vi publ.* Privatam cum armis *d.* §. 3. Isidor. 5. *Etym.* 26. & Ræv. ad *L.* 152. *de R. I.* quia stuprum inferre, ait, est vis publica *L.* 3. *de vi publ. L.* 29. §. *ult. ad L. Iul. de adult.* Et male, subdit, qui ideo armatam vim dici publicam quod arma publice custodirentur. Nam & fustes & lapides hic armorum appellatione veniunt *L. pen. de vi publ. L.* 3. § 2. *h. t.* Sed & Duarenum refellit Robertus 3. *Sent.* 22. vid. Decian. *Lib.* 8. *Tr crim. C.* 1 *n.* 7. Menoch. *Arb. Cas.* 304. Cæterum in interdicto hoc recuperandæ possessionis usurpatæ solennia adhibebant, surculo defracto &c de quibus Ræv. ad *L.* 15. *de R. I. & de aut. prud. Cas.* 9. alia ratione quam si recoperatorio iudicio peteretur, Ioach Steph. *Lib.* 3. *de iurisd. C.* 4. *n* 16. *& seq.* Atque hoc apud Græcos quoque usitatum, ex Demosth. *Oratione contra Pantænetum* ostendit Rud. Forner 2. *Rer. Quotid.* 15. ubi & monstrat multas alias LL. etiam post 12. tab. Romanos a Græcis accepisse.

3) Idque probandum Unde non datur ei qui possidere non potuit rem, de qua se deiectum dicit. Menoch. *Prælud. recup. poss. n.* 2. Auditurque obiciens incapacitatem possidendi actori ea. gr. si possessori beneficii ecclesiastici spoliatum se conquerenti, obiciatur, quod sit laicus, qui spiritualia possidere nequeat, *C. caussam 7 de præscript.* vel si uxorem repetenti, obiciatur, quod sit monachus, qui uxorem habere nequeat, *C. ex parte 4. de restit. Spoliat.* Neque enim hic tam contra possessorium quid obiicitur, contra regulam spoliatus ante omnia &c. quam possessorium negatur. Menoch. *Recup. possess. Remed.* 15. *Q.* 14. Itemque alium possedisse, cum reus possessionem occuparet *d. Q.* 34. *n.* 435.

§. deiicitur, *§. interdictum autem*, *D. unde vi*. Diximus alibi, ut in usucapionibus, & fructibus bonæ fidei acquirendis, possidere esse rem' opinione vel affectu dominantis tenere: ut non possideat, si quis aut rem omnino non teneat: aut non tanquam qui se dominum putet, ut bonæ fidei possessor; aut se dominum esse velit, vel pro domino gerat, ut prædo. Sumamus igitur horum duorum aliquem. Negant veteres horum quemquam deiici posse, negant quæcumque vis iis inferatur, quominus in re sint, eos hoc interdicto posse experiri. Sit aliquis, qui neque animo neque corpore rem possideat, idest qui omnino rem non teneat. Etiam si fingas hunc dominum esse, qui cum rei suæ nancisci vellet possessionem, ingredi in rem suam vi prohibeatur, placet non videri hunc deiectum, neque hoc interdicto uti posse. *L.* 1. *§. eum qui. D. eod.* Sit etiam qui rem teneat, & quidem ex iusta caussa, & bona fide, sed non affectu dominantis, qualis est colonus in fundo, inquilinus in ædibus. Quantumvis vi eiiciantur hi ex fundo aut ædibus: non tamen deiici videntur, qui non possidebant, eoque nec utuntur [4] interdicto. *d. L.* 1. *§. deiicitur*, *D. eod.* At datur hoc interdictum colono deiecto in *L. colonus*, *L. cum fundum*, *D. eod.* Sed non ut colono, verum ut ei qui iam cœpisset possidere. Proponitur enim utroque in loco colonus is, qui dominum prius deiecerat. Qua deiectione cœperat possidere, ut qui iam cœpisset se gerere pro domino, atque ita affectu dominantis rem tenere. Id autem est possidere, ut supra dixi. Sed ut si quis non possidet, is nec deiicitur, nec habet hoc interdictum, undecunque sit vi eiectus; ita si quis possidet, in eum cadit, ut possit deiici; ac quisquis ex eo numero deiectus erit, ad hoc interdictum pertinet. Quod ita intelligi poterit, si doceatur in hac re nihil interesse, qua ex caussa quis, quove modo possideat. Et vero nihil interesse veteres declarant. Caussa possidendi duplex; civilis, & naturalis, ut loquitur Ulpianus in *d. L.* 1. *§. deiicitur*, *D. unde vi*, id est, ut suis locis ostendimus, iusta, & iniusta. Iusta, qualis est domini & bonæ fidei possessoris. Iniusta, qualis est uxoris in re a marito donata; qualis prædonis in re vi occupata, quam animo dominantis tenet. *Deiicitur*, ait *ibidem* Ulpianus, *qui possidet*, *sive civiliter sive naturaliter possideat*. Id autem est quod aliis locis declaratur, non tantum videri dominum deiici, qui cum possideret, deiicitur: sed etsi non sit dominus, puta bonæ fidei possessor. *L. Fulcinus*, *D. eod.* Hoc amplius, etsi quis nulla iusta ex caussa possideat, ut si mulier deiecta sit ex fundo quem maritus dŏnavit. *d. L.* 1. *§. deiicitur*. Immo adeo etsi is qui vi ab aliquo [5] possidebat, id est prædo, sit deiectus. *L.* 1. *§. qui a me. Unde vi.* Qualis est colonus ille, qui proponitur in *d. L. colonus*, *d. L. cum fundum*, *D. eod.* qui cum dominum deiecisset, atque ita cœpisset esse prædo: tamen de eo respondetur, si ab alio deiiciatur postea, competere ei hoc interdictum. At quomodo illi possideunt, qui modo nullam iustam caussam habent possidendi, sed habent aperte iniustam? Sed diximus alias in possessione solam detentionem spectari cum affectu dominantis coniunctam. In quo hæc sit enm possidere. In summa autem possessionis nihil interesse, iuste quis, an iniuste possideat. *L.* 3. *§. ex contrario*, *D. de acq. poss.* Atque ut hic ad rem nihil pertinet possidendi caussa: sic nec possidendi modus. Possidet quis per se aut per alios, ut per colonos, inquilinos, familiam, hospites, amicos. *§. retinendæ*, *Inst. de interd.* Qui per hos possidet, etiam his deiectis per hos ipsos deiici intelligitur. *L.* 1. *§. quod servus. L. ult. D. eod.* Sed & corpore atque

4) Datur quidem possidenti naturaliter *L.* 1. *§.* 9. *h.* scilicet sibi, lege repugnante, non ei naturaliter nomine alieno *d. §.* 10. Tavard. *ad Rub. C. h. t. n.* 11. Unde si rem depositam commodatamve dominus vi eripiat, vel colonum inquilinumve expellat in pœnam *L.* 7. *h. t.* non incidit, Don ad *d. L.* 7. *n* 3. Sane quandoque ei, qui vere non possedit, sed similem facultatem habuit, si ea deiicitur, succurritur ex æquitate ad exemplum interdicti unde vi. *L. Attilius* 27. *de donat.* iudicis officio de quo Menoch. *Recup. poss. Remed.* 17. *& ult.* ubi *n.* 1. 4. *& seqq.* non dari ei qui sua culpa factove possessione cecidit, nisi sit is, cui in integrum restitutio dari solet, ut minor vel Ecclesia. Contra singularem vero successorem dari si sciens possessionem vitiosam esse, titulo lucrativo in ea successit, secus oneroso *n.* 6. *& seqq.* Quod & commodatariis colonis & similibus concedi, communius creditur *d. Remed.* 17. *Q.* 3. *n.* 21. Num autem iis idem, *ex can. redintegrandæ* subveniatur, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 18 Idem Menoch. *d. Remed.* 17. *n.* 4. *&* 5. eadem æquitate permotos Pontifices iudicis illud officium extendisse ad casum, quo lite vel appellatione pendente possessor vel detentor deiectus *C. bona memoriæ* 51. *de appellat.* quod vulgo remedium revocatorium attentatorum, reliquis magis privilegiatum cum & contra singularem possessorem detur, nec ei exceptio spoliationis alterius obiici possit. Menoch. *d. lo. n.* 34. *& seqq.*

5) Nam & prædo restituendus *C. in litteris* 5. *extra de rest. spol.* P. Greg. 36. *Synt.* 25. *n.* 17. Tavard. ad *L.* 3. *C. de interd. n.* 4. *& n.* 25. Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q.* 11. qui declarat *n.* 111. *& seqq.* contra quosdam nec ex actis constet esse prædonem & nisi notorius sit vel manifestus, Cæs. Concard. ad *L. diffamari C.* 4. *n.* 24. *& seqq.* maxime si velit restitui contra dominum. An prædoni quoque detur remedium ex *can. Redintegrand.* idem *remedio* 15. *Q.* 1. ubi contra communem affirmat, quia non spoliati persona spectetur, sed spoliatoris, ut illius audacia comprimatur.

atque animo possidemus, aut animo solo, cum scilicet nemine in fundo aut ædibus relicto, inde discedimus oon animo deserendæ possessionis. Si quis hoc posteriore modo possidet, non minus & hic si reversus prohibeatur ingredi, vl deiectus videtur, & fit locus interdicto. *L. 1. §. interdictum autem, D. eod.*

V. Etiam res unde quis pulsus est, ad deiectionem facit. Is deiici intelligitur, qui deiicitur de solo, aut rebus solo cohærentibus; puta ex fundo aut ædibus. Ita ad res soli hoc interdictum pertinet; ad cæteras non pertinet, etiam si sint res alioqui capaces, ex quibus quis extrudi possit. Finge aliquem detrahi de vehiculo, aut de nave vi pelli. Placet eum hoc interdicto uti non posse. *L. 1. §. 1. & 3. seqq. D. unde vi.* Non alia de caussa, quam quod edicti caussa est, si quis deiectus sit. Non deiicitur autem quisquam, nisi e loco, in quo erat, nec proprie est [6] locus nisi in rebus soli, aut rebus solo cohærentibus. De cæteris rebus pulso non deerunt propriæ actiones. Sunt autem [7] hæ: aut iniuriarum, si quis nos his rebus in quas iure nostro & voluntate domini admissi sumus, uti nos prohibeat. *L. iniuriarum, §. si quis me, D. de iniur.* Aut furti, vel vi bonorum raptorum, si quidem res fuit ex bonis nostris.

VI. Deiiciendi quoque sua ratio est. Deiici quis intelligitur tribus modis. Uno, si quis cum in fundo esset aut ædibus, vi inde pellatur. Quod proprie deiicere est; de quo convenit inter omnes. Vi pelli intelligitur, non tantum qui impulso corpore extruditur alicunde: sed etiam qui ostentato ab adversariis armorum, aut turbæ metu, si maneret, maluit fugere, aut aliter cedere, quam periculum eventus subire; si modo qui ad faciendam vim venerant, possessionem [8] occuparint. *L. 1. §. idem Labeo, D. eod.* Altero modo, si quis cum de agro suo, vel de domo processisset nemine ibi relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi, sive quod in itinere detentus est; sive quod occluso aditu prohibitus; sive quod possessione occupata, cum audisset illic armatos esse, territus non accessit. *L. 1. §. interdictum autem. L. 3. §. si autem, D. eod.* In qua specie versatur caussa Cæcinnæ apud Ciceronem in oratione pro Cæcinna. Tertio etiam is deiici videtur, qui cum in fundo esset, corpore quidem deiectus non est, sed retentus, verumtamen vinctus ab occupante, aut ibi opus facere coactus pro imperio occupantis: quasi non possideat, qui cœpit ab occupante possideri. Idemque est, si quis adversus familiam nostram, per quam possidebamus, idem admiserit. *L. 1. §.* antep. & pen. *D. eod.* Quod tamen diximus eum videri deiecisse, qui alium possessorem vi expulit: sic accipiemus, nisi eum deiecerit, a quo prius deiectus erat, idque in ipso conflictu, & contentione deiectionis [9] fecerit, non ex intervallo. Qui deiicientem in continenti deiicit, magis possessionem suam retinere, quam novam vi occupare intelligitur. Ideo & adversus hunc cessat interdictum. *L. 1. §. vi possidere L. 3. §. eum igitur. D. eod.* Neque hoc factum tanquam iniustum quisquam improbet. Qui enim in ipsa contentione possessionem suam vi retinet, adhibet quidem vim; sed adversus vim. Vim vi repellere omnibus legibus concessum est. *d. L. 1. §. vim vi. D. eod.* Illud in universum ad omnem deiiciendi modum pertinet intelligi, eum solum deiici videri, qui invitus amittit possessionem. Quod si quis est, qui rerum possessionem alii tradiderit, quanvis vi compulsus, is utique non [10] deii-

6) Non deiicitur loco nisi in eo consistens. Non consistimus nisi in re, quæ non movetur. Donel. ad *L. 2. & 3. seqq. C. h. t. n. 2.* belle A. Mass. Gales. *Lib. 2. de Exerc. Iurisperit. n.* 28.

7) Et de colonis ac adscriptitiis fugitivis, ut eorum possessio æque celeriter recipiatur remedium *L. 14. C. de agric. & cens.* de quo Menoch. *Recup. Remed.* 10. Et generatim de quibusvis rebus, etiam mobilibus *ex can. reintegr. 3. Ca. 3. Q. 1.* succurri per voculam *omnia* d. can. & verba *possessiones vel res* &c. pluribus adstruit Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 16. Idemque de quasi possessione iurium & rerum incorporalium per *C. Episcopis Ca. 3. Q.* 1. Menoch. *ibid. Q.* 17. de quibus verius puto Interdictum unde vi non dari, quia nulla vera deiectio, diff. Tavard. *ad Rub. C. h. tit. n.* 11. Menoch. *remed.* 1. *Q.* 8. *n.* 81. *& seqq.* Unde nec in possessione iurium locum esse pœnæ *L. 7. C. h. t.* Don. *ibid. n.* 4.

8) Non igitur si audiens milites advenire, metu territus profugit, si illi non occupent possessionem relictam *L. 3. §. 6. & 7. h. t. L. 9. pr.* vers. *denique quod met. ca.* Quibus non contraria est *L. 33. §. 2. de Usucap.* Quævis enim LL. secundum subiectam materiam accipiendæ. Qui fugit hoc metu, vi non deiectus est, ad hoc scilicet ut habeat Interdictum Unde vi, *d. L. 9 pr. d. L. 3. §. 7.* Quid enim deliquit qui possessionem non intravit: Suo meticuloso animo imputet, quod fugerit, non militibus aliena non appetentibus. Vi autem deiectus idem habetur *d. L.* 33 §. 2. ad id ut possessionem amittat. Merito. Id enim necesse quia & corpore fundo egressus est & animum possidendi habere desiit. Male igitur Pac. 2. *Q.* 70. & Fupp. ab Æxema 1. *Diss.* 25. distinguunt inter eum qui fugit rumore perlato de militibus, sic accipientes *d. L. 9. pr.* & qui visis militibus discessit *d. L. 33. §.* 2. Nam & hanc distinctionem refellit *d. L. 3. §.* 6. & ipsa *L.* 33. §. 2. ubi legitur *existimaverit*, nec deiecta ea voce, reponi debuit *extimuerit* ab iisdem. & Cuiac. *ibid.* & ad d. *L. 9. pr.* ac Ant. Fab. ad *d. L. 9. pr.*

9) L. 17. *h. t.* Cuiac 5. *Obs.* 18. vid. Menoch. *Recup. Remed.* 1. *n.* 384. *& seq. & 2. Arb. iud. QQ. Cas.* 11. Ubi nec incidit in pœnam *L. 7. C. h. t.* ast si post intervallum deiecerit, incidit, Menoch. *Recup. Remed.* 9. *Q.* 19. *n.* 270.

10) Ubi actio Quod metus caussa *L. 9. in f. Pr. quod met. ca.* Hotom. 6. *Obs.* 15. *in fin.* ubi in *d. L.* 5. quosdam libros habere *si metu*, pro *si rerum* testatur.

deiicitur. Ideo & hic cessat unde vi interdictum. *L. si rerum*, 5. *D. eod.* Sed erit actio quod metus caussa. De qua postea suo loco.

VII. Nondum hæc satis ad deiectionem. Ita deiectus quis de re intelligitur, si etiam deiectionis effectus sit secutus, id est si deiectione possessionem amiserit. Qui corpore suo deiectus de fundo, habet adhuc in eo fundo suos, per quos possidebat, qui deiecti non sint: is ut per eos retinet possessionem, sic nec deiectus videtur. Quam ob caussam etiam placet eum non posse hoc interdicto experiri. Hoc in *d. L.* 1. *§. hoc interdictum*, *D. eod.* Merito: quid est enim deiici de gradu, deiici de possessione, nisi inde ita moveri, ut eo gradu & possessione excidas, id est amittas? Ita plane locus emendandus est in *d. §. hoc interdictum*. qui mendose legitur in omnibus exemplaribus, etiam Florentinis. Sic enim legitur: *non alii autem, quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere*. Minime vero ei qui possidet, sed ei soli qui [11] non possidet. Itaque omnino locus restituendus est. Idque eo loco dicere voluisse Ulpianum ex argumento subiecto, quo ad eam rem utitur, evidentius probatur, quam ut attendenti possit esse obscurum. Ille ex Viviano argumenti loco refert id quod modo dicebam, eum qui vi deiectus habeat adhuc suos in fundo, qui deiecti non sint; quandiu id fiat, non posse eum hoc interdicto experiri, quia per eos adhuc possidet. Quod profecto nihil aliud est, quam ei qui possidet, hoc interdictum non competere. Ex quo efficitur non competere alii, quam ei qui non possidet. Et res ita habet. Certi enim iuris est, quod ante dixi, interdictum unde vi non esse comparatum nisi ad recuperandam vi amissam possessionem. Unde & recuperandæ possessionis dicitur, *d. L.* 1. in pr. *eod. L.* 1. *§. est igitur*. *Uti poss. §. recuperandæ*. *Inst. de interd.* non est autem amissa, nisi ei qui non possidet. Fallere potuit incautos, a quibus hæc corruptio est, quod legitur prius in ead. *L.* 1. *§. interdictum autem*. ubi scriptum est, interdictum hoc nulli competere, nisi ei qui tunc cum deiiceretur, possidebat. Sed male in hac re comparantur tempus deiectionis, & tempus agendi. Nemo deiici potest, nisi qui possidet: nemo hoc interdicto agere nisi qui non possidet. Utrumque manifesta ratione. Non enim deiici quisquam potest, nisi qui nondum deiectus erat, ut sit scilicet adhuc in ea re, unde deiicitur. At non competit hoc interdictum, nisi iam deiecto. Qui autem deiectus est, is iam amplius non possidet.

VIII. Summa hæc est; esse quem deiectum, cum qui quovis modo possidebat, aut pulsus est loco, aut ingredi volens vi prohibitus; dum ita utrumque, ut exinde nec per alios possessionem retineat, atque ita fiat, ut deiectione possessionem amiserit. Hæc definitio ad fructuarium non pertinet. Si quis, inquam, fructuarium aut deiiciat de fundo fructuario, aut non admittat venientem, cum ex fundo exisset non deferendi ususfructus caussa; deiici non videtur ex superiore definitione. Etsi enim in huius persona cætera ad deiectionem concurrunt, quæ ea definitione continentur: tamen hoc deest, quod in eo qui deiicitur, ut possideat, exigimus: fructuarius autem non possidet. *§ idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Quamobrem nec ex eadem definitione fructuario deiecto interdictum unde vi competit. Et res ita habet: si in superioribus tantum verbis constitisset prætor, non competeret. Sed visum est faciendum esse, ut huic quoque deiecto eodem interdicto [12] uti liceret, & possessionem recuperare. Quam ad rem cum superior pars de iis qui deiecti sunt, non sufficeret, necesse fuit, & nominatim & fructuario cavere, eique si suo modo deiectus esset, interdictum dare. Quod & factum est, propositumque hoc interdictum nominatim, & seiunctum a superiore, tum fructuario, tum ei qui usum constitutum haberet, quocumque modo ex superioribus de fundo aut ædibus, in quibus usufructus aut usus esset, deiecti uti frui prohiberentur. Hoc in *L.* 3. *§. unde vi*, & deinceps usque ad fin. *D eod.* Et hoc est, quod ibi initio Ulpianus ita scribit. *Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi*. Non sane magis hoc illi necessa-

11) Ita & Hotom. 7. *Obs.* 6. addens ita legi in Accursianis libris.

12) Don noster ad *L.* 2. *&* 3. *seqq. C. h. t. n.* 2. Facit *L.* 27 *de don.* verbis: *quod fructuario proponitur*. Ratio quia rei emolumentum ad eum pertinet, Cuiac. 9. *Obs.* 33. *in fin.* Nec vera ratio est DD. quia naturaliter possidet. Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q.* 5. *n* 70. Nam potius est in naturali possessione, non vere possidet naturaliter, Cuiac *d. lo.* a se dissentiens ad *L.* 4. *§.* 27. *de Usuc.* Et directum hoc Interdictum non utile. Sed non quia vera fructuarii possessio, ut Menoch. *d. lo. n.* 74. verum quia ex ipsis verbis Prætoris: Emphyteutæ autem & vasallo accommodabitur utile, vid. Menoch. *d. Remed.* 1. *Q.* 6. *&* *Q.* 9. & citati a Treut. *L. P.* 2. *Disp.* 25. *Th.* 5. *lit. I. &* K. etiam contra dominum, Vult. *Lib.* 2. *de Feud. C.* 1. *n.* 15 Io. Schoner. *Lib.* 2. *Disp. Feud Disc.* 1. *Th.* 54. Gothof. Ant. *Disp. Feud.* 13. *Th.* 4. *lit. D.* Rosenthal. *Synops feudal. C.* 32. *Concl.* 3.

cessarium, quam dominis aut bonæ fidei possessoribus deiectis, si ipsum per se interdictum spectetur. Omnes enim deiecti indigent pariter hoc interdicto ad recuperandam possessionem. Sed hoc sentit Ulpianus non ipsum per se interdictum fuisse necessarium fructuario: sed hoc interdictum illi specialiter proponere, id demum fuisse necessarium, si illi consultum esse vellemus, quia, ut dixi, prius illud generale, quod deiectis proponitur, ad fructuarium non pertinet, multoque minus ad eum, qui nudum usum habet in fundo. Ita factum est, ut duplex sit huius interdicti caussa. Una, si quis qui possidet, deiectus sit, quæ proprie deiectio est. Altera, si deiectus sit qui usumfructum aut usum habet; quos constat non possidere.

IX. Ex hac caussa est interdictum unde vi, seu ea actio quæ huius loco competens eamdem persecutionem habet. Continetur ea obligatio atque actio & rebus quas persequitur ad restitutionem, & personis, inter quas eo interdicto agitur: de quibus breviter comprehensum est edicto *d. L.* 1. in pr. *D. eod.*

X. Rerum duo sunt genera, de quibus hoc interdictum agitur, ut ablatæ restituantur, ut edicti verba ostendunt. Primum res soli, unde quis deiectus est: deinde res omnes mobiles, quas qui deiectus est, ibi habuit, cum deiiceretur. De re soli, unde quis deiectus est, hoc edictum præcipue competit citra controversiam, ut unde quis deiectus est, eo restituatur, ut sunt interdicti verba. Unde interdictum dictum recuperandæ possessionis, ut supra diximus. *d.* §. *recuperandæ, Inst. de interd.* Nec quidquam amplius fuit in vetere iure de possessione rei soli amissa, quam hæc ipsa actio ad recuperandam possessionem. Sed accessit postea alia pœna ex constitutionibus, nempe ex *L. si quis in tantam, C. unde vi*, quæ & commemoratur in *d.* §. *recuperandæ*. Pœna hæc, ut qui deiecit, si quidem dominus est, non solum rem restituere debeat: sed etiam eius rei dominium amittat. Si dominus non est, una cum re etiam rei æstimationem restituere cogatur.

XI. De rebus quoque mobilibus hæc actio proposita est: quascumque is qui aliunde deiectus est, ibi habuit, cum deiiceretur, uti edicto expressum est. *d. L.* 1. in pr. Quas habuit, sic accipe, non tantum suas, sed etiam alienas, quæ illi iusta aliqua de caussa traditæ sint, ut commo-

datas, pigneratas, locatas, depositas. *L.* 1. §. *quod autem*, *D. eod.* habuit tunc, additum, ut intelligamus, si quas tunc habuit, quanvis vel casu habere [13] desierit, amiserit; eas nihilominus in restitutionem venire: mora scilicet prædonis obligationem adversus eum perpetuante. *d. L.* 1. §. *rectissime*, *L. pen. D. eod.* Ibi habuit additum, ut ne intelligamus deiectorem teneri aliarum rerum nomine, quas qui deiectus est illic non habuit. *d. L.* 1. §. *ibi*. De his rebus sic propositum est interdictum unde vi separatim a re unde quis deiectus est, ut de utroque genere sine altero liceat hoc interdicto experiri. Si quis de eo fundo deiectus sit, ubi nullæ res mobiles habebantur, aut quæ ibi erant, salvæ relictæ sunt possessori, nemo dubitat, quin de fundi solius possessione agi possit & debeat hoc interdicto. Sed & si res mobiles ibi fuerint, potest is qui deiectus est ita agere de possessione fundi hoc interdicto; ut de rebus mobilibus quæ ibi erant, utatur aliis actionibus, puta aut ad exhibendum, aut condictione furtiva, aut vi bonorum raptorum. E converso, potest de possessione fundi recuperanda deficere interdictum; ut nihilominus de rebus mobilibus, quæ ibi fuerunt, liceat eo experiri. Puta fundum a quo quis deiectus est, vim passo restitutum esse: si cæteræ res quæ vi ablatæ sunt, non restituantur, dicendum est interdictum nihilominus tenere. Hoc in *d. L.* 1. §. *si fundus*, *D. eod.*

XII. Sed hic in omni ista harum rerum mobilium persecutione, quæ iure civili deiecto tributa est, oritur dubitatio, quam recte ista ratione deiecto consulatur. Ut enim nihil amplius tribuatur illi deiecto, quam earum rerum nomine actio, omnis ea ratio videtur deiecto futura inutilis. Nam ut aliquæ res ei restituantur, necesse habet dicere habuisse se ibi res mobiles, & quænam, ac cuius pretii eæ fuerint. Atque ut dicit, & intendit, ita etiam secundum regulas iuris probare debet. *L.* 2. *D. de prob. L. actor, C. eod.* At huius rei aut difficilis est probatio, aut potius nulla. Nam qui venerunt instructi ad vim faciendam, hi summoverunt metu omnes arbitros & testes, qui scire possent, quæ tum res ibi haberentur, aut quales & quanti res. Ut autem ad exhibendum postea agatur, nihil proficias; quia possunt res postea esse subtractæ a prædone. Ita inanis & elusoria hæc omnis actio

13) Don. ad *L.* 2. & 3. *seqq. C. h. t. n.* 6. & *seqq.* Idem est etsi intra tempora iudicati res perierint, nec obstat *L.* 14. §. 11. *quod met. ca.* quia id ibi speciale ex ratione adiecta, quod tripli pœna satisfiat, Don. *d. lo. n.* 10.

actio futura est deiecto. Et res ita est, si hic sequimur regulam iuris. Quod cum intelligeret Zeno, auxilium tulit deiecto adversus hanc difficultatem, æquissimum adversus eum qui vi sua probandi facultatem deiecto abstulisset. Exstat igitur eius constitutio in *L. si quando, C. unde vi*, qua cavetur ut si quis vi deiectus sit, & de rebus quas queratur sibi eo facto ablatas, satis probare non possit; ei & de numero earum rerum, & de æstimatione affirmanti iurato fides habeatur, iudice prius el quantitatem [14] taxante pro personarum & negotii qualitate, ultra quam taxationem iurare non liceat.

XIII. Sed hæ res principales sunt, quæ in hoc iudicium veniunt. Veniunt & accessiones, idque ab ipso tempore delicti; puta fructus, & [15] omnis utilitas quæ ad eum qui deiectus est, venire potuisset, si deiectus non esset. *d. L.* 1. §. *omnis*, §. *non solum*, *D. eod.* Sed unde intellectæ a iuris prudentibus istarum accessionum præstationes? & quæ iam ab initio deiectionis veniant? Nam de rebus quidem superioribus edicto & interdicto expressum est: de istis accessionibus nihil. Et ius acceptum est ex verbo restituendi, quo verbo interdictum utitur; id cavens, ut res superiores restituantur. *d. L.* 1. §. *ex interdicto*, *D. eod.* §. 1. *Inst. de interd.* Restituere est, eum re omnem caussam restituere, id est id omne quod actor habiturus esset, si ex quo tempore res ei restitui iussa est, restituta esset, *L. restituere*, 1. & 2. *D. de verb. signif.* Et hæc quidem eadem ista summa huius iudicii statuitur in *d. L.* 1. §. *non solum*, *D. eod.* Ubi ex Viviano refertur in hæc verba; *in hoc interdicto omnia, quæcumque habiturus, vel adsecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui, aut eorum litem a iudice æstimari debere.* Quod si ita est, recte dictum est a veteribus aliis verbis, in interdicto unde vi tanti condemnationem faciendam, quanti deiecti [16] interest deiectum non fuisse. *d. L.* 1. §. *non solum*, in fin. *L. in interdicto*, *L. si vi me*, 15. *D. eod.* Nam id quod interest, eadem ista omnia complectitur. Est enim id quod abest deiecto, quodque lucrari potuit. *L. si commissa*, *D. rem rat. hab.*

XIV. Ex his potest intelligi hoc interdictum aliquatenus pœnam continere; dum is qui deiectus est, prosequitur etiam res non suas, consequitur fructus & cæteras rerum utilitates non ex tempore editi interdicti, id est litis contestatæ, ut fit in cæteris; sed iam ab initio ex die quo quis deiectus est. *d. L.* 1. §. *omnis*. Ea propter de supra scriptis rebus non datur hoc interdictum nisi intra [17] annum. Post annum vero de eo, quod ad eum qui vi deiecit, pervenerit, ut edicto expressum est *d. L.* 1. in princip. *eod.* Hic *annus*, ait Ulpianus, *in hoc interdicto utilis est*, d. *L.* 1. §. *annus*. Utilem dicunt veteres, qui constat trecentis quidem sexaginta quinque diebus, sed utilibus, non continuis. Utiles accipe ad agendum; id est eos solos quibus experiundi potestas fuit. Ut intelligatur is annus, qui aliis verbis describi solet in edictis prætorum, annus quo primum de ea re potestas erit. Ut in *L.* 1. in fin. *D. ex quib. caus. mai. L.* 1. *D. uti poss.* & alibi. Sic hoc explicatur in *L.* 1. *D. de divers. temp. præscr.*

XV. De personis, inter quas hoc interdicto agitur, ita est huius maleficii obligatio, ita interdictum hinc comparatum, ut sit actio ei qui usus est delicto, adversus eum, qui deliquit. Est igitur propositum [18] deiecto ad recuperandam amissam possessionem, & res supra scriptas, *L.* 1. in pr. *D. eod.* Deiici quis intelligitur & per semetipsum, & per alios. Per se, cum quis aut depellitur ipse de fundo, aut in fundum ingredi prohibetur, eum prius possideret. Per alios is, qui per alios possidebat, si hi deiecti fuerint, ut si procurator meus, vel colonus, vel inquilinus deiecti sint, ego deiectus videor, & mihi, non illis interdictum competit. *L.* 1. §. *quod servus*, *D. eod.* Etiam is per alios, qui possessionem traditurus alicui, eum misit in possessionem: qui autem missus erat, pro-

14) Æquissime, quia culpa & vitio adversarii hoc accidit. Ac ita fieri necesse est si actor ius suum consequi debet, ne alias pluries impune vis inferatur, Don. ad *d. L.* 9. Et inique exiget probationes ab actore, quarum habendarum facultatem ipsi conventus præripuit, Ant. Fab, 18. *Err. Pragm.* 8.

15) Et omnis caussa *L.* 4. *C. h. t. C. gravis* 8. *extra de rest. spol.* Et hi quoque ante omnia, sicut ipsa res, restituendi, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q.* 38. Nicol. Everh. Iun. *Vol. Cons.* 1. *n.* 138.

16) Etsi quod interest excedat valorem rei *d. L.* 6. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 180 Omne enim damnum quod emersit præstandum, ut quantum abstulit læsio, tantum reddat restitutio, Menoch. *Recup. poss. Prælud. n.* 6.

17) Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q. ult.* Olim hoc proprium Quotidiani Interdicti fuisse & perpetuum Interdictu de vi armata, Cic. 15. *Ep. fam.* 16. Hotom. 7. *Obs.* 6. Quanto autem tempore remedio *ex can. redintegrandæ* præscribatur vid. *idem Remed.* 15. *Q.* 33.

18) Item heredibus deiecti *L.* 1. §. 44. *h. t.* Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 185. Sed si defuncto est occupata possessio, non, nisi prius eam corporaliter apprehenderint, vid. Toming. *Decis.* 11. & cæteris successoribus *d.* §. 44. Sed num remedium *ex can. redintegr.* competat cessionario, itemque an singulari successori, in quem res sine cessione alienata, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 10. & 13.

prohibitus est vi ab aliquo, ne ingrederetur. Ut si venditor miserit emptorem in possessionem fundi venditi, is autem a colono qui fundum tenebat non sit admissus. Nihil enim interest, utrum colonus dominum ingredi volentem prohibeat, an emptorem cui iussisset dominus tradi possessionem, non admiserit. Quamobrem & hoc casu placet domino tanquam deiecto competere interdictum unde vi adversus colonum, non autem emptori, qui prius non possidebat. Hoc in *d. L. colonus*, *d. L. cum fundum*, *D. eod.*

XVI. Sed an omni deiecto hoc interdictum competit? Quod quæritur propter eos deiectos, qui prius ipsi vitiose possidebant, puta aut vi, aut clam, aut precario. Quid ergo an etiam his eum deiecti ab alio fuerint, hoc interdictum dabitur sine exceptione; an vero hac exceptione removeri poterunt, quod dicantur vi, aut clam, aut precario prius possedisse, quasi inique querantur de vitio alienæ possessionis, quo prius ipsi laborabant? Et constat, si is qui deiectus est, possederit vi aut clam, aut precario ab alio, quam qui deiecit, competere deiecto, & semper competiisse hoc interdictum, sine ulla exceptione, ut unde deiectus esset, eo restitueretur, omissa quæstione quo iure ab aliis possederit. *L. 1. §. qui a me*, *D. eod.* Quod si deiectus ita possederit ab eo, qui deiecit, exstant in Pandectis vestigia veteris distinctionis, ex qua licet intelligere duo olim fuisse interdicta unde vi, dissimili hac in re effectu. Unum de privata, quæ fit sine armis, alterum de vi armata, ei qui armis deiectus esset. Hinc illa inscriptio huius tituli in Pandectis, *De vi, & de vi armata*. Quæ sic accipienda est, ut initio dixi, quasi ita scriptum esset De interdicto de vi, & de interdicto de vi armata, ut prioribus verbis significetur interdictum unde vi, sed de vi privata. Interdicti de vi armata conceptio hæc fuit, ut qui armis esset deiectus, iuberetur sine exceptione eo restitui, unde deiectus esset, quanvis vi, aut clam, aut precario possideret. Etiam ab eo, qui deiecisset, ut significatur in *L. sed si vi 14. D. eod.* Contra ex interdicto de vi privata ita restitutio deiecti fuit, si nec vi nec clam nec precario [19] possideret ab eo, qui deiecit, aut hoc modo possidens deiiceretur ab alio, quam a quo ita possidebat. Hæc enim conditio addita est in *L. 1. §. qui a me*, *D. eod.* Qua conditione si quidem alibi non explicetur res apertius, non potest aliud significari, quam non eodem modo competiturum fuisse interdictum deiecto, si vi possideret & ab eo qui deiecit. Sed quia nihil in hanc partem aperte exprimitur usquam in Pandectis; non dubitabimus hanc collectionem repudiare, si usquam alibi generaliter hæc exceptio ab omni interdicto unde vi removeatur. Quod cum factum sit in *§. recuperandæ*, *Inst. de interd.* eam sententiam sequemur, tenebimusque quod illic tanquam consulto repudiata superiore distinctione generaliter definitur interdictum unde vi comparatum recuperandæ possessionis caussa ei proponi qui deiectus fuerit, licet is ab eo qui vi deiecit, vi vel clam vel precario [20] possideat. Nec immerito hanc sententiam tenebimus ad omnem vim pertinentem. Nam vis omnis sive privata, sive publica pariter est adversus bonos mores, & usque adeo indigna auxilio, ut visum sit utramque vindicandam legibus Iuliis publicorum iudiciorum. Neque vero mirum est, si adversus restitutionem quæ adversus vim postulatur nullam exceptionem admittimus, cum placeat etiam in his quæ vi aut clam facta sunt, in quibus minus delictum est, eum qui fecit adversus vim vel quod clam factum est, nulla iusta exceptione se tueri posse. *L. 1. §. 1. D. quod vi aut clam.* Atque hinc sumptum illud vulgatum, & receptum inter omnes [21] spoliatum ante omnia esse restituendum.

XVII.

19) Paul. 5. *Sent.* 6. §. *ubi* Cuiac. *&* 6. *Obs.* 4. (nec discrimen adhuc obtinere inferens ex *L.* 17. *h. t.*) Duar. 2. *Disp.* 20.

20) Hot. 7. *Obs.* 6. Don. ad *L.* 8. *C. h. t. n.* 5. *&* 6. Obiic. Paria delicta mutua pensatione tolluntur. Resp. Don. *n.* 8. regulam obtinere, quando delicta utrimque obiici possint.

21) *L.* 8. *C. h. t. L.* 7. *C. ad L. Iul. de vi publ.* sine mora & cunctatione *L.* 14. *C. de agric. C. nullus* 3. *Ca.* 2. *Q. Cap. conquerente* 7. *extra de rest. spol.* fuse Menoch. *Recup. Remed.* 1. Gail. 2. *Obs.* 75. *& seqq.* Gomez. *in. L. Tauri* 45. *n.* 183. Gutierez. *de Iuram. confirmat. P.* 3. *C.* 19. *& ult. & Lib.* 1. *Canon. QQ. C.* 34. Herm. Esai. Rosacorb. *Pract. forens. C.* 3. *s.* 36. *&* 40. An hic magis spectetur favor deiecti, an odium invasoris, Menoch. *d. Rem.* 1. *Q.* 1. Extenditur hæc regula etsi dominum se dicat qui deiecit, vid. *N. seqq.* Ac etsi possessio mere civilis, uti quæ in heredem transit ipso iure ex consuetudine Galliæ &c. Menoch. *d. lo. Q.* 37. Ac etsi actor renunciaverit dominio *d. lo. Q.* 23. vel pactus sit ante spoliationem se non acturum, quia pactio invitat ad delinquendum *Q.* 26. vel iuraverit ante spoliationem *Q.* 25. Restringitur. Nisi iuraverit post spoliationem *d. Q.* 25. Nisi tertius interveniens rem suam dicat. Menoch. *d. lo. Q.* 33. *Mynsing.* 2. *Obs.* 1. Item nisi passus sit actor litem super caussa dominii tractari ut si oppositam dominii exceptionem admisit, Menoch. *d. lo. Q.* 15. Covar. *Pract. QQ. C.* 23. *n.* 3. Et nisi ex restitutione irreparabile damnum metuatur, si periculum sit ne sententia in petitorio deinde ferenda fiat elusoria, Menoch. *d. lo. Q.* 28. *&c.* Hening. *de Fideic. C.* 10. *n.* 328. *& seq.* Quid in spoliato a iudice? Vid. *L.* 6. *C. h. t.* ibique Don. Menoch. *Recup. Remed.* 8. Gail. 2. *Obs.* 76. An exceptio retentionis ratione impensarum & meliorationum admittatur, Menoch. *Remed. Recup.* 15. *Q.* 39.

XVII. Datur hoc interdictum adversus duo genera personarum: eum qui [22] deiecit, & eum cuius familia deiecit, ut edicto comprehensum est, *d. L. 1.* in pr. Si quis deiecit, adversus hunc sine hæsitatione, & hunc solum. Quod cum dicimus, duo dici intelliguntur. Primum eum qui deiecit, teneri hoc interdicto hoc ipso quod deiecit: proinde etsi non possideat. Tum si quis non deiecit, ut maxime possidere cœperit eam rem unde deiectio facta est; tamen hoc interdicto non [23] teneri. Et horum utrumque a veteribus traditum legimus: nempe hinc sumptum. Prius in *L. 1. §. ex interdicto, D. eod.* posterius in *L. cum a te, D. eod.* Prius eo spectat, ut intelligamus, quanvis ædes unde quis deiectus est, incendio consumptæ sint, fundus ab hostibus occupatus, res mobiles quæ ibi erant, casibus fortuitis interierint, nihilominus istarum omnium rerum nomine teneri eum, qui deiecit. *L. 1. §. rectissime, D. eod.* Neque hic metuemus, ne dicatur is qui deiecit, interitu rei debitæ, qui sine eius culpa contigerit, liberari secundum regulas iuris. *L. quod te, D. si cert. pet. L. si ex legati, D. de verb. obl.* In culpa enim debitoris maxime est eius mora: quæ & ipsa ob eam caussam perpetuare obligationem dicitur, quasi res exstaret. *L. si rem, §. 1.. L. si servum, §. sequitur, D. de verb. obl.* Quod si in eo, qui vi deiecit, mora quæritur, is iam a principio delicti plusquam frustrator debitor constitutus esse intelligitur, ut in hanc sententiam scriptum est in *L. pen. D. eod.* quod & traditum est de fure in *L. ult. D. de cond. furt.* Quod autem placet hoc interdicto possessorem non teneri, qui non deliquit, satis declarat id quod initio dixi, hoc interdictum atque omnem hanc actionem de possessione recuperanda actionem esse in personam, non in rem; alioqui competeret adversus omnes possessores eius rei, a qua quis deiectus est, ut est natura omnium actionum in rem. *L. actionum, D. de obligat. & act.* Hinc necessario hanc quæstionem, ut quoniam actio in personam obligatum petit, quærendum hic sit, unde sit ista obligatio: quando nisi ex suprascriptis quatuor generibus caussarum nulla possit obligatio nasci. Nos initio ex maleficio nasci diximus, & ob id ad hunc locum debuisse omnino referri.

XVIII. Tres autem sunt, qui deiicere intelliguntur. Ante omnes qui manu & corpore, seu per se deiicit: quem constat proprie dici deiicere. Proximus [24] qui mandavit, vel iussit ut quis deiiceretur. Parvi enim referre visum est, inquit Ulpianus, sive manibus quis deiiciat, an vero per alium. *L. 1. §. ait, vers. deiecisse, L. 3. §. cum procurator, D. unde vi.* Et ideo hoc casu duo eodem tempore tenentur hoc interdicto: qui deiecit (neque enim alieno mandato excusatur, ut deliquit) & qui mandavit, quasi & ipse deiecerit. Hactenus tamen, ut litis æstimatione ab uno præstita alter liberetur. *d. L. 1. §. quoties, D. eod.* Sic enim desiit actoris interesse. Non est autem hæc actio nisi in id quod actoris interest, ut ante diximus. Tertius mandanti similis, qui cum alius deiecisset ipsius nomine, deiectionem ratam habuit. Placuit enim ut in contractibus ratihabitio mandato comparatur. *L. ult. C. ad sen. Mac.* sic & in maleficiis. Proinde & eum qui id fecit similiter interdicto teneri. *d. L. 1. §. quoties, D. eod.* Sed cum hoc interdictum contineat atrocitatem facinoris, placuit ex hac caussa actionem ita demum liberto adversus patronum, liberis in parentes dari, ut detrahatur vis mentio. Et solum ad restituendam possessionem agatur: præterquam si vi armata usus sit adversus libertum patronus, adversus liberos parens. *L. 1. §. ex interdicto, D. unde vi.*

XIX.

22) Etsi dominus sit, *L. 4. §. 26. de Usucap.* Nec exceptio dominii obiici potest. Tiraq. *Tr. le Mort saisit le vif. P. 6. Decl. 5. n. 1.* add. *supra Lib. 9. C. 9. N. 1.* Quin & hoc casu dominus fructus, quos post prædonem deiectum collegit, restituere tenetur, Vaud. 1. Q. 13. *n.* 13. *& seqq.* Quid si per confessionem deiecti constet de dominio spoliantis, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 1. Q. 16.

23) Atque ita non datur contra singularem successorem, quia hoc Interdictum pœnale est. Don. *ad L. 2. & seqq. C. h. t. n. 4.* & mere personale, cum alia Interdicta personalia quidem etiam sint, sed in rem scripta, Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 186. vid. Menoch. *d. Remed.* 1. Q. 13. Sed nec contra eundem remedium *ex can. redintegrandæ* fuse Menoch. *Recup. Remed* 15. Q. 10. Diff. Mynsing. 3. *Obs.* 85. Habetur autem Iure Canonico proditum remedium *C. sæpe* 18. *de rest. spol.* de quo Menoch. *Recup. Remed.* 16. videlicet condictio ex canone ibid. *n.* 4 & 5. Quæ competit contra successorem, quemcunque etiam mediatum ibid. Q. 7 si scivit, (Quod probandum est, nisi notoria sit spoliatio, & nisi præsumptio scientiæ quæ quandoque ex consanguinitate & vicinitate oritur ibid. Q. 5.) possessionem vitiosam; (Secus si alienam quidem, sed non vitio violentiæ affectam ibid. Q. 4.) dum acciperet. Secus si ex post facto resciverit, ut contra communem Menoch. *d. lo.* Q. 2. quod tamen post Coras. *in L. 12. §. 1. de acq. poss. P. 2. n.* 32. declarat, ibid. *n.* 22. *& seqq.* nisi lucrativa caussa acceperit, & nisi immediatus occupator non solvendo. Tunc enim & interdictum hoc nostrum competere, idem *Remed.* 1. *n.* 154. Contra heredes ex caussa huius Interdicti actio in factum id quod ad eos pervenit *L. 1. §. ult. L. 3. §. 1. L. 9. D. L. 2. C. h. t.* ubi Don. *n.* 4. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 185. Menoch. *d. Remed.* 1. Q. 14.

24) Deiicit & qui mandat *L. 152. §. 1. de R. I.* a mandante enim est actionis initium. Quin si servo mandatum, is non proprie & simpliciter facit, sed quodammodo, ut manus hominis & instrumentum, P. Fab. *ad d. L. 152. §. 1.*

XIX Datur & hoc interdictum adversus eum cuius familia deiecit, quanvis nec iubente aut mandante eo factum sit, nec factum ratum habente, *d. L.* 1. in princip. §. *ait*, §. *quod igitur*, *eod.* Iniquum hoc, dixerit aliquis, & contra ius dominum aut patremfamilias teneri ex delicto familiæ, qui ipse nihil deliquit: alieno facto onerari, qui nihil fecit. *L. sancimus*, *C. de pœn. L. de pupillo*, §. *si plurium res*, *D. de op. no. nunt.* Iniquum sane, si simpliciter & absolute daretur hoc interdictum in eum, cuius familia deiecit. Nunc autem ita dari interpretatur Ulpianus, ut nihil hic sit non recte & sine iniuria domini constitutum. Idque explicat in *d L.* 1. §. *quod igitur*. Ad hanc sententiam. Aut enim ex deiectione familiæ aliquid ad eum pervenit, aut nihil. Si pervenit: æquissimum est id eum restituere, & non locupletari cum detrimento alterius. *L. nam hoc natura*, *D. de condiction. indeb.* Quinetiam recidit in maleficium domini, nisi reddit. Cum enim male parta non reddit, eodem maleficio se alligat, dum non solum factum eum probat, ac veluti ratum habet; sed & ex eo quæstum quærit. Quod si nihil ad eum pervenit: placet eum hactenus teneri, ut sit adversus eum actio tantum noxalis: id est ea qua si litis æstimationem præstare velit servis retentis, bene sit. Sin minus, servus maleficii caussa noxæ dedendo liberetur. Atqui ex cæteris maleficiis servorum hæc eadem esset adversus dominum actio. *L.* 1. *D. de noxal. act.* Ideo veteres in hoc edicto familiæ verbo servos intellexerunt, & eos qui loco servorum [25] habentur: filiosfamilias & mercenarios negant contineri: ex quorum deiectione dant tantum utile interdictum, *d. L.* 1. §. *familiæ*, §. *si filiusfamilias*, *D. eod.* Non sane quia hi ea appellatione non contineantur: quos alibi in eo numero poni constat: sed quia non in hoc edicto, idque ex edicti & prætoris sententia. Iniquum est enim patremfamilias ex delicto familiæ latius obligari, quam ut eos qui deliquerunt, noxæ dedendo possit liberari. Soli autem servi noxæ dedi possunt: non etiam liberi. Ideo & ex illorum tantum maleficiis noxales proditæ, non etiam liberorum, §. *ult. Institution. de nox. action.* Sed quid refert, dicat aliquis; cum si filiusfamilias, aut mercenarius vi deiecerit, ut placeat utile interdictum competere? *L.* 1. §. *si filiusfamilias*, *D. eod.* nam utilis & directa actio re ipsa eamdem potestatem & eundem effectum habent, *L. antep. D. de negot. gest.* Sed ex facto filiifamilias aut mercenarii hactenus tenetur paterfamilias, ut restituat si quid inde ad eum pervenit, non amplius. *L. in interdicto*, 16. *D. unde vi.* Quod adversus patrem constitui non minus æquum est, quam adversus dominum ex delicto servi ob eas caussas quas paulo ante in servo reddidi.

XX. Hactenus ius vetus quod fuit de interdicto unde vi & adversus eos qui res soli alienas occupassent; ut quidem ius fuit ante tempora Iustiniani. In eo Iustinianus singularia duo induxit. Nam cum interdictum unde vi non sit comparatum nisi adversus eos, qui aliquem vi, & ea atroci deiecerunt, nec ad aliam vim interdictum pertineat: *L.* 1. in pr. & §. 1. *D. eod.* Iustinianus cavit, ut etsi quis rem alienam possessoribus vacuam sine vi occuparit, tamen pro prædone habeatur, & teneatur eo iure, quod pro restituenda possessione contra prædones veteribus declarata sunt legibus: sic enim loquitur [26] in *L. ult. C. unde vi* Quibus verbis indicavit interdictum unde vi, quod adversus id genus invasorum propositum esse ante didicimus. Nam ut hic intelligamus etiam pœnam amissionis dominii, aut rei & æstimationis restitutionem, quæ pœna constituitur adversus violentas invasiones in *L. si quis in tantam*, *C. unde vi*. neque verba superiora Iustiniani patiuntur, quæ scripta sunt non de dominio, aut æstimatione rei, sed de sola possessione restituenda: & pœna *L. si quis in tantam*. gravior est, quam ut ea quæ nominatim constituta est adversus eos, qui quadam velut furoris audacia violenter res invaserunt, debeat ad eos qui sine vi occuparunt, sine aperta constitutione transferri. Illud etiam singulare ac novum, quod idem constituit de his, per quos rem aliquam absentes possidemus; puta colonis,

25) Id est bona fide servientes, Gœd. *ad L.* 40. §. 2. *de V. S.* Sed etsi unicus servus deiecit, familia deiecisse videtur *d. L.* 1 §. 17 Menoch. *Remed.* 1. *n.* 53. Non obstat *L.* 40 §. *ult. de V. S.* Non enim ea sic accipitur quasi duo aut unus familiæ appellatione non contineantur, nec de eorum facto, tanquam familiæ agatur, sed an duobus familia constituatur. Duo *non faciunt* &c. Ast in *d.* §. 17. non quæritur quot personæ familiam conficiant, sed de mente prætoris, qui in verbis interdicti, *aut familia tua deiecit*, non respexit ad collectionem personarum, sed ad familiam, tanquam totum, sed singulos, qui in familia essent designare voluit, scite Gœd. *ad d. L.* 40. §. *ult. n* 3 *&* 4.

26) Vid. Don. noster *ibid.* Menoch. *Recup. poss. Remed.* 13. ubi *n* 37. *& seqq.* tractat an heredi ex *d. L. un.* subveniatur contra occupantem res hereditatis iacentis, quod negat.

nis, inquilinis, amicis, hospitibus qui nostro nomine sunt in possessione. Nam si hi deiecti fuerint, non ipsi deiecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus: unde nobis interdictum competit. Ipsis quidem competere non potuit, ut qui prius non possiderent, *d. L.* 1. §. *quod servus*. *L. ult. D. eod.* Iustiniani constitutio est in *L.* 1. *C. si per vim vel al. modo*. qua audaciam repressit eorum, qui absentia dominorum audaciores facti deiiciunt eos, qui tantum erant in possessione: & ne ideo sibi blandiantur, quasi impune laturi, dum neque dominus absens subvenire potest, neque ipsi qui sunt deiecti, possunt interdicto experiri: Ultro his deiectis actionem ad possessionem recuperandam dedit, & quidem nullo exspectato domini mandato, & nihilominus absentibus dominis actiones suas integras 27 reservavit.

27) de quo Menoch. *Recup. poss. Remed.* 6.

C A P. XXXIII.

De vi adhibita ad impediendam, turbandamve alienam possessionem: de interdictis seu actionibus adversus eam vim comparatis: & de interdicto uti possidetis.

Vis turbatæ possessionis civili actione coercetur. Duplex impediendæ possessionis ratio, & quæ. I.
Adversus eum qui manu seu corpore vim fecit interdicta duo prodita; & quæ: rerum methodus. II.
Interdicti caussam res quatuor continere:
1. *ut quis possideat.* III.
Exceptio. IV. V.
2. *Ut rem soli, non mobilem. Quid iure novo.* VI.
3. *Ut litis contestatæ tempore possideat: & nec vi, nec clam, nec precario ab adversario.* VII. XIII.
4. *Ut quominus ille possideat, vis inferatur. Vim facere quid.* VIII.
Vis possidenti obiicitur aut inficiatione possessionis, aut re & facto aliqua. IX.
Quomodo possessionis inficiatione. X.
Quomodo re & facto. Domino quod in hanc rem præsidium comparatum. XI.
Potestas & vis interdicti in eo posita, ut possessio retineatur, & damna sarciantur; modo fiat ex interdicto petita intra annum. XII.
Est interdictum hoc adversus eum qui non possidet; aut vi, clam, precario possidet ab adversario. XIV.
Si is quicum agitur, ipse possideat: uterque tuendus in possessione; uterque a persecutione eius quod interest, absolvendus. XV.
Adversus incommoda talis iudicii quod remedium a Iustiniano proditum. XVI.
An duo unam rem in solidum possideant. Conciliatur L. 3. *in pr.* D. uti possid. *cum* L. 3. §. ex contrario D. de acq. poss. XVII.
Cur de cloaca negetur hoc interdictum; & cur eius ibi iniecta mentio. XVIII.
Utilem actionem ex interdictis utrubi & uti possidetis esse ex maleficio. XIX.

I. HÆc ergo remedia sunt adversus vim qua res alienæ immobiles invaduntur, omnemque earum rerum iniustam occupationem, sive hac possessio adimitur veteri possessori, sive illo ignorante per eius absentiam vacua possessio occupatur. Est & vis alia adversus alienam possessionem. Ea est ut proposui, qua possessio possessori non adimitur, sed minuitur. Quod fit, cum vetere possessore non deiecto sed manente in re possessa, turbatur ei possessio, id est prohibetur tantum quibusdam in partibus re sua libere uti. Vindicatur hæc quoque vis edictis prætorum, nulla criminali actione adversus vim, sed tantum pecuniaria & civili ad eam rem actione privato cuique constituta. Sed non uno modo: uti nec ea vis uno modo infertur. Impediendæ turbandæque alienæ possessionis duplex est ratio. Aut enim hic vis fit manu seu corpore, aut opere facto in ea re, cuius possessio aliena est. Adversus eam vim, quæ fit opere facto in alieno, comparatum interdictum commune unum, quod appellatur, quod vi aut clam, de quibus dicam

cam breviter ordine, si prius monuero ubique hic interdictorum verbo intelligere nos actiones utiles, quæ nunc loco interdictorum competunt. *§. ult. Inst. de interd.*

II. Adversus priorem vim in rebus corporalibus proposita interdicta duo: de rebus soli interdictum Uti possidetis: de mobilibus interdictum Utrubi. *§. retinendæ, §. sed interdicta, Inst. de interd.* Nomina ut in aliis interdictis nata ex primis verbis Interdictorum. Ita enim verba erant: Uti eas ædes possidetis: *L.* 1. in pr. *D. uti poss.* &, utrubi hic homo maiore parte anni fuit; *L. unica, D. utrubi.* Utriusque interdicti caussa olim nonnihil [1] dissimilis. Nunc & caussa & vis eadem: ut si a rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit, ut declaratur in *d. §. sed interdicto, de interd.* Itaque qui de interdicto uti possidetis cognoverit, de utroque cognoverit. Eius interdicti verba hæc sunt; *Uti eas ædes quibus de agitur; nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis; quominus ita possideatis, vim fieri veto.* Exstat in *L.* 1. in pr. *D. uti poss. L. unica, C. eod.* Est autem hæc sententia: propositum esse hoc interdictum ei qui possidet ad tuendam retinendamque possessionem adversus eum, qui vim facit, quominus possideat. Id quid contineat, partibus huius actionis distincte expositis intelligetur. Summa autem in eo quemadmodum in superiore interdicto, ut de caussa actionis primum; deinde de vi & potestate quæratur.

III. Interdictum hoc atque hæc actio ex hac caussa nascitur, si quis cui vim facit, quominus rem soli possideat, dum faciat ei qui possidet nec vi nec clam, nec precario ab eo, qui vim facit, & qui cum ex interdicto agitur. Caussa satis verbis superioribus interdicti exposita, dum interdicto hæc vis prohibetur. Hinc enim licet intelligere, si contra quam interdicto cautum est, factum erit, adversus eum qui fecit, vim & potestatem interdicti exerceri, idest, actioni locum esse. Hæc caussa, ut apparet, quatuor continet. Primum exigit, ut sit [2] qui possideat. Possessorem, inquit Ulpianus, hoc interdictum tuetur; utpote huius rei caussa propositum, ne vis fiat ei qui possidet. *L.* 1. in pr. *§. est igitur, §. pen. D. uti poss.* Inde dictum, creditores missos in possessionem rei servandæ caussa interdicto uti possidetis uti non [3] posse: tantum ideo, quia non possident. Quod & de similibus omnibus qui non possident, idest, qui affectu dominantis non tenent, dicendum est. *L.* 3. *§. creditores, D. uti poss.*

IV. Exceptus hoc loco fructuarius. Quem constat non possidere. *§. idem placet, Inst. per quas pers. nob. acq.* Si tamen ei vis fiat quominus re fructuaria libere utatur, placuit ei hoc interdictum dandum non tantum adversus alium fructuarium, sed etiam adversus alium possessorem. Hoc Ulpianus in *L. ult. D. eod.* Et tamen ita, ut facile declaret sententiam hanc suam esse, verbis autem edicti non contineri. Ait enim se putare hoc interdictum inter fructuarios reddendum. Quæ verba sunt non affirmantis, ut fit in iure certo; sed ut in re dubia sententiam suam proferentis. Et constat huius sententiæ ratio: quæ facile ducitur ex edicto superiore. Nam si quis fructuarium utentem fruentem deiiciat de fundo fructuario, propositum est ei no-

1) Interdictum Uti possidetis refertur in præsens tempus *L.* 1. *§.* 2. *de interd.* Et eo vincit is qui tempore redditi interdicti, seu litis contestatæ nec vi nec clam, nec precario ab adversario possidet rem soli. Interdictum autem Utrubi vincebat apud quem res mobilis fuit maiori parte anni, licet tempore interdicti, seu litis contestatæ non esset *d. §.* 4. *I. de Interd.* Paul. 5. *Sent.* 6. *§.* 1. Cuiac. 5. *Obs.* 22. *&* *ad L.* 156. *de V. S.* Menoch. *Retin. poss. Remed.* 1. *n.* 1. *&* 2. Maior autem anni pars in eo Interdicto Utrubi, non ad numerum dierum mensiumque, quibus annus constituitur, sed ad possessionem adversarii refertur, ut sufficiat possedisse experientem diutius, quam adversarium *L.* 156. *de V. S.* Ex. gr. Servum per 2. menses possedi; Tu eum, prætendens ad te pertinere, abducis. Mensem unum apud te moratur. Interdicto ego experior. Vinco tanquam qui maiore parte anni possedi, Gœd. ad *d L.* 156. Utrubi, id est utro in loco, Menoch. *d. Remed.* 2. *n.* 7. Et vocatur Utrubi, ac Utrobi, Cuiac. 5. *Obs.* 22. Licet autem tempore Ulpiani obtinuerit exæquatio *L.* 1. *§.* 1. *Utrubi*, tamen cum Imperator *d. §.* 4. *I.* per verbum *hodie* ostendat discrimen ante sua tempora superfuisse, dicendum cum Barone 6. *Manual. Tit.* 17. aliam fuisse exæquationem, de qua *d. L. un. §.* 1. ubi requiritur possessio actoris tempore inquietationis, aliam Iustiniani requirentis solum tempore litis contestatæ, sicut & sufficit, Interdictum ut possidetis, quia verba illius non: Uti possedistis, sed possidetis. Ex parte igitur exæquata vis tempore Ulpiani non in totum, nec discrimen superius sublatum erat. Quin adhuc Utrubi dabatur, qui maiori anni parte possederat 5. *Sent.* Pauli 6. *§.* 1. ac præterea ei qui dum inquietaretur, (diss. Menoch. *d. Remed* 2.) nisi forte verius est vers. *sed obtinuit d. L. un. §.* 1. a Triboniano adsutum, sui temporis usum spectante, qui tamen ideo nullius falsi insimulari meretur, cum id ipsi optimo iure licuerit *Const. tanta §.* 10. *de confirmat. Dig.*

2) Non autem datur simplici detentori, quia nec Interdictum Unde vi, quod favorabilius, illi competit & ratio *L.* 3. *§.* 8. *h. t.* generalis est, Don. ad *L. un C. h. n.* 1. Menoch. *Retin. poss. Remed* 3 *Q.* 5. *n.* 46. Quid, si civiliter tantum seu animo solo possideat, Menoch. *d. lo. Q.* 2. et hoc Interdictum succurri vult, ac tunc posse petere actorem possessionem naturalem sibi restitui, & in civili non turbari, ut si dum ad nundinas profectus possessor, rem vacantem quis ingressus. Quid si possessio sequestrata, num hoc interdictum illi qui ante sequestrationem possedit: an sequestro datur? Menoch. *d. lo. Q.* 4. prius statuit, si sola naturalis possessio translata sit &c.

3) Aliud in misso ex secundo decreto, itemque ex conventione inter contrahentes inita, itemque in casibus quibus ex primo decreto missus vere possidet, vid. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *Q.* 25. *&* 2. *seqq.*

ei nominatim interdictum unde vi ad recuperandam amissam naturalem possessionem, quanvis proprie non deiiciatur, qui non possidet: in quo numero est fructuarius. *L.* 3. *§. unde vi, D. de vi*. Quanto magis dicendum est ei adhuc in fundo versanti interdictum hoc 4 dandum ad retinendam possessionem, si ei vis fiat, quominus libere utatur? Nemo enim ignorat facilius ea quæ sunt, retineri: quam quæ penitus non sunt, institui aut instaurari. *arg. in L. patre, D. de his qui sunt sui vel al. iur.*

V. Etiam hoc loco superficiarius exceptus est. Superficiarium vocamus, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem præstet. *L. in speciali, §.* ult. & *L. idest:* seq. *D. de rei vind.* Superficiei alienn solo impositæ dominus & civili & naturali iure nnn alius esse potest, quam is cuius est solum: cum omne ædificium cedat solo. *L. ult. D. de superf. §. cum in suo. Inst. de rer. divis.* Ita fit utroque iure, ut superficiarius non sit dnminus. Quamobrem nec affectu dnmini rem tenere, ac proinde nec possidere posse intelligitur. Quæ res ei hoc interdictum adimebat. Sed placuit iure prætorio utilitatis caussa superficiarium in superficie ipsa pro domino haberi, proposita etiam ei tanquam domino in rem actione. Quo admisso, consequens fuit, ut & ei rem tenenti tanquam possessori 5 daretur interdictum uti possidetis. Quod & provisum est eodem edicto. Estque ea sententia *Tit. de superficiebus, Digestor.* ut declaratur maxime in *L.* 1. in pr. *§.* 1. *§. proponitur, D. eod. tit.* ut non abs re subiectus sit is titulus titulo *uti possidetis*.

VI. Non est satis ad caussam huius interdicti simpliciter possidere. Interdictum in hac possessione & rem certam quæ possideatur, & certum possidendi modum exigit. In re ergo proximum est, uti quis possideat 6 rem soli. In quo ædes ne quis possideat, an fundum, nihil interest. Æque enim in omnibus possessionibus quæ sunt soli, interdictum locum habet, sive quis totum fundum possideat, sive partem certam, sive pro indiviso. *L.* 1. *§. pen. D. uti poss. §. sed interdicto, Inst. de interd.* ut appareat, quod ædes appellantur ex interdicto, exempli caussa scriptum esse; sententia autem ad omnes res eiusdem generis pertinere. Cæterum rem soli esse oportet. De rebus mobilibus est interdictum 7 Utrubi & ut est in *d. §. sed interdicto*. Interdicto quidem Uti possidetis de fundi vel ædium possessione contenditur: Utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quam differentiam olim notare opus fuit, quo tempore vis & potestas horum interdictorum fuit longe diversa. Nunc postquam hæc exæquata est, utro in his aut illis rebus utamur, non magnopere ad rem pertinet. Id autem quale sit, explicatur in *d. §. sed interdicto, Inst. de interd.*

VII. Tertium est ad caussam huius interdicti in possidendi modo, ut qui possidet, rem 8 possideat nec vi nec clam nec precario ab adversario. *L.* 1. in pr. *§. per-*

4) Don. ad. *L. un. C. h. t. n.* 3. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 8. *n.* 71. Cum autem non, sicut superius, ipsis edicti verbis illi proditum sit, utile videtur hoc interdictum non directum, ut recte Accurs. in *L.* 1. *pr. h. t.* reprobante licet Menoch. *d. Q.* 8 *n.* 75.

5) *L.* 3. *§.* 7. *h. t.* vid. Cuiac. 17. *Obs.* 2. Itemque vasallus, Goth. Anton. *Disp. Feud.* 13. *Th.* 4. *lit.* C. etiam vasalla, seu sub infeudatus. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 9. & emphyteuta *ibid. Q.* 10.

6) Quanvis. Licet enim verba Interdicti de ædibus; & in *L. un. C. h. t.* solius fundi mentio, tamen exempla non restringunt, sed declarant, Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 12. Et Interdictum omne cum ad præsentem controversiam referatur, necesse est de uno concipi, Don. ad *L. un. C. h. t. n.* 13.

7) Sed num usu servitutis turbato Interdictum Uti possideris, Bart. & DD. quos refert Menoch. *de Remed.* 3. *Q.* 13. distinguunt inter servitutes continuas seu urbanas, & discontinuas seu rusticas. In illis concedi volunt Interdictum utile per *L. ult. in fin. de serv.* pro his non item, quia de iis peculiari a interdicta prodita, ut *C. seq.* nec solet Lex frustra quid inducere. Sed Don. ad *L. un. C. h. t. n.* 14. de utrisque negat, quia & in urbanis hoc remedium supervacuum. Cessat namque finis huius interdicti, ne controversia de possessione actionem petitoriam moretur, cum servitutem petere possit. etiam possidens, & natura ipsa ostendat uter in præsenti possideat, seu servitute utatur ex gr. tignum immissum habeat, oculis hic opus; nulla rei probatione. Non obstat *d. L. ult.* quia accipi debet de interdictis nominatim proditis ut *C. seq* Don. *d. l.* Cuiac. ad *L.* 4. *§.* 27. *de Usuc.* Bron 2. *Ass.* 2. Nec obst. *d. L. ult. quem. serv. amitt.* quia ibi datur Interdictum contra servitutem usurpantem ad retinendam fundi aut ædium nostrarum liberam possessionem, Don. & Bron. *dd. loc.* Neque huc pertinent species *L.* 3. *§.* 5. *& seq. h. t.* de quibus vid. Cuiac. 5. *Obs.* 22. *&* 17. *Obs.* 2. *& ad L.* 62. *de V. S.* pro *inutile* in *d. §.* 5. reponens *utile*: Rob. qui notat Cuiacium, 2. *Rec. Lect.* 14 Menoch. *d. Remed.* 3. *Retin. poss. Q.* 31. A. Fab 65. *Err. Prag.* 6. Sed nec de possessione iurisdictionis, itemque iuris vectigal vel annuam præstationem percipiendi, Interdictum hoc utile admittit Don. *d. loc. n.* 15. putans de iis rebus agi debere ad exemplum interdicti de itinere actuque privato, licet DD. vulgo contradicant, quorum opinionem usus forensis approbat, vid. Menoc. *d. Remed.* 3. *Q.* 14 *& seqq.* H. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 19. Rutger. Rulant *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 3. *C.* 5. *n.* 4. *& seq. & C.* 18. *n.* 2. qui ita in Imperii Senatu Spirensi iudicatum testatur. Nisi tamen præstatio mere personalis, quia nulla possessio in obligationibus personalibus. Id enim possidetur quod ipsa apprehensione vel possessione non exstinguitur. Ast obligatio per solutionem perimitur, Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 172 diss. post alios Felician. de Solis *Lib.* 3. *de Censib. C.* 1. *n.* 8.

8) Hinc notabile. Qui me vi deiecit, eum impune non expello, impune turbo Bernh. Wurmf *Lib.* 1. *Tit.* 46. *Obs.* 2. Gomez. *aliis relatis in L. Tauri* 45. *n.* 169. Nec potest turbatus conqueri de molestia, cuius ipse sibi caussa, quamque, restituendo possessionem violentam, vitiosam vel iniquam, effugere potest. Nec tantum si in continenti spoliator a spoliato inquietetur, sed etsi ex intervallo, licet aliqui dissentiant, vid. Menoc. *d. Remed.* 3. *Q.* 34. Quia autem delictum & mala fides non præsumitur probatio hic quod vi vel clam vel precario a convento possideat actor, ipsi reo iniungitur, non actori, cuius possessio iusta præsumi-

§. *perpetuo*, *D. eod. L. unica. C. eod. d. §. fed interdicto*. Is dicitur ab aliquo vi possidere, qui vetere eo possessore expulso occupatam per vim possessionem tenet. *L.* 1. *§. vi possidere*, *D. unde vi*. Clam ab aliquo possidere is dicitur, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo cuius controversiam metuebat, aut metuere debebat. *L. clam*, 6. *D. de acq. poss.* Precario possidet ab aliquo, qui ab eo precibus impetravit, ut sibi possidere liceret. Id enim est precarium. *L.* 1. *D. de prec.* quæ tria obiter indicantur in *d. §. sed interdicto*, *Inst. de interd.* Hac autem adiectione intelligimus interdictum uti possidetis duobus generibus possessorum dari: tertio generi denegari. Primum superioribus verbis apparet dari hoc interdictum ei, qui omnino nec vi nec clam nec precario possidet. Quales sunt bonæ fidei possessores, qui non vi, sed volentibus dominis, aut quos dominos putant; non clam, sed his scientibus; non precibus, sed pretio, aut alia iusta ex caussa rem acceperunt. Non minus iisdem verbis & hoc interdictum ei datur, qui rem possidet quanvis vi aut clam aut precario, dum modo non possideat ab adversario, a quo possessionis controversiam patitur: id est dum adversarium vi non expulerit; aut clam eo possessionem non sit ingressus; aut precario ab eo possessionem non acceperit. Et notandum sic verba esse interdicti, non ut detur ei, qui possederit maiore parte anni nec vi nec clam nec precario ab adversario: sed simpliciter qui nec vi nec clam nec precario possidet ab adversario: verbo scilicet ad præsens tempus interdicti relato. Unde intellectum est, ut hoc interdictum alicui competat, eoque vincat, satis esse, si possideat tempore litis contestatæ, quo tempore interdicto agitur. Quod & in interdicto Utrubi hodie servatur, sublata in hac re differentia vetere utriusque interdicti: Quod si quis eo tempore possidebit vi aut clam aut precario, id demum possessorum genus est, cui denegatur hoc interdictum. Et ideo, quod dignum est animadversione, si quis me vi deiecerit de fundo, quem possidebam, quanvis non possim eum postea &. ex intervallo deiicere impune: *L.* 1. *§. idem Labeo*. *L.* 3. *§. eum igitur*, *D. unde vi*. Tamen si vim ei faciam, quominus possideat, hanc vim a me impune patitur: quia vi a me possidet. Quod qui facit, ei non competit hoc interdictum.

VIII. Postremum est in caussa huius interdicti, ut qui ita uti supra scriptum est, possidet, ei vis fiat, quominus ita possideat, ut sunt interdicti verba. Hanc enim vim fieri interdictum vetat. Vim facere possidenti est, possidenti controversiam possessionis facere. Atque hoc ipsum possessionis controversiam facere est, prohibere quominus quis possessione sua libere utatur. Tot enim modis verba illa interdicti explicat Ulpianus, dum adversus eos, qui posteriora ista duo faciunt, hoc interdictum competere scribit in *L.* 3. *§.* 1. & seq. *D. uti poss.* Itaque non dubium est, quin huc referri debeat illa Pomponii definitio, quæ legitur in *L. vim facit*, *D. unde vi*. Vim facere eum, qui non finit possidentem eo quod possidebat, uti arbitrio suo: item qui liberam possessionem adversarii non relinquit. Est illa quidem definitio collocata sub Titulo, *De vi*. Sed, quod monendum sit, alieno loco. Agitur enim sub eo titulo de vi, per quam aliena possessio in totum adimitur, ut cui ea vis adhibita est, iam desinat possidere. Quæ autem vis possessorem non sinit libere possessione sua uti, ea possessionem relinquit, usum tantum liberum adimit. Hæc vero ad interdictum Uti possidetis [9] pertinet, non ad interdictum Unde vi, de quo agitur superiore illo titulo, *De vi, & de vi armata*.

IX. Obiicitur possidenti hæc sive vis, sive controversia, sive libere possidendi impedimentum aut infitiatione possessionis sola, aut re aliqua & facto.

sumitur, vid. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 74. Nicol. Everh. Iun. *Cons.* 38. *n.* 21. *Vol.* 1. Et hæc exceptio spolii si in possessorio hoc obiicitur, quia vim peremptoriæ habet, post litem quoque contestatam admittitur; secus si petitorio opponatur, ubi iudicium differt, non extinguit, Menoch. *d. lo. Q.* 77. vid. & Dan. Muller. ad *Nov. Elect. Sax. D. Augusti* 6. *P.* 1.

9) Dist. Hotoman. 7. *Obs.* 6. statuens etiam vim turbativam interdicto Unde vi, vindicari per *d. L.* 11. & errare DD. vulgo contra sentientes, nisi cum uterque de retinenda possessione contendit. Parte alia peccant DD. qui & in vi expulsiva locum hunc interdicto faciunt, eoque deiectum uti posse sentiunt, quia animo retineat possessionem civilem, Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 3. Io. Tavard. ad *L. un. C. h. t. n.* 5. *&* 6. Bus. 6. *Subtilit.* 8. & quia spem certam habeat, se a magistratu in possessionem restitutum iri in *L.* 7. *pr. de acq. poss.* & quia superior hoc interdicto deiectus *L.* 3. *pr. h. t.* Wesemb. in *Par. h. t. n.* 5. Sed imo deiectione omnis possessio amittitur *L.* 5. *de Usuc. L.* 7. *de acq. poss. & d. L.* 17. *pr.* verbis, *perinde haberi debet*. Et hoc interdictum tuetur possessionem ne amittatur *L.* 1. *§.* 4. *h. t.* Et retinetur civilis possessio animo, quandiu libere uti licet. Amittitur quando ea facultas desinit, deficiente fundamento cui innitebatur. Utut enim voluntatem possidendi deiectus non amittat ac retentionem animo sibi fingat; nihil tamen ea operatur, ceu contraria iuris ordinationi, actui naturali, fundata super impossibili. Ut Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 181. add. Atumæ. *ex Instin.* 19. *Th.* 14. Interdicto autem hoc superior deiectus *d. L.* 3. *pr.* non expetiens ut possessio illi restituatur, nam ad hoc necessarium interdictum Unde vi, sed conventus de turbatione ut absolvatur per ea quæ *N. praeced.* Don. ad *L. un. C. h. t. n.* 12.

X. Infitiatione possessionis in iudicio, cum dominus idemque possessor fundi aut ædium quæ ab alio tenentur, eas res ut suas petit sibi restitui ab eo qui tenet: is autem negat eum qui petit dominum esse, & iudicio contendere paratum de proprietate, negat esse [10] possessorem. Hac infitiatione sola non solum fit possessionis controversia rem repetenti: sed etiam vis, quominus possessione sua ita utatur, ut possidet. Nam si is in ea controversia non est possessor, ut adversarius dicit, & nihilominus de proprietate iudicari vult: necesse habebit ultro instituere adversus eum petitoriam actionem, seu actionem in rem. Quod si facit, eadem opera & onus petitoris subit, & [11] excidit commodo possessoris quod in adversarium transfert. Onus petitoris in vindicatione est, quod qui vindicat, quia rem ut suam petit, ideo etiam se dominum esse intendere, & quia intendit, probare debet: ac nisi probat, nihil consequitur. Est autem sæpe difficilis eius rei probatio. Contrarium commodum possessoris. Est autem hoc, quod quia possessor non agit, sed cum eo agitur, sufficit ei negare adversarium esse dominum; se autem esse non habet necesse neque dicere, neque probare. Unde evenit, ut actore de iure suo non probante reus quanvis nihil præstiterit, absolutus discedat, atque ita in suo loco maneat possessio. *L. qui accusare, C. de eden. L. ult. C. de rei vind. §. retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd.* Hinc recte & illud onus petitoris, & hoc commodum possessoris dictum est, itaque in usu iuris ista nominantur. *L. inter, D. de iud. L. 1. §. inter, D. uti poss. d. §. retinendæ*, vers. *commodum*. Hac de caussa orta inter aliquos proprietatis controversia de fundo aut ædibus, initio magna contentio exsistere solet inter litigatores de possessione. Quoniam enim non potest petitoria actio, id est vindicatio institui, nisi unus sit petitor, alter possessor, unde petatur; ante omnia hoc statui debet, uter possideat. At ambo se magis possidere dicunt, quo retineant scilicet commodum illud possessionis, quod diximus, & vitent incommodum, quod esse diximus in onere probationis. Adversus hoc incommodum, & ad hanc controversiam dirimendam magna ex parte [12] comparatum est hoc interdictum: quo efficitur, ut is qui possidet, possessor declaretur, sic deinde controversia possessionis remota quæ illi fiebat, deinceps in iudicio proprietatis retineat commodum possessionis. Hæc in *d. §. retinendæ, Inst. de interd. d. L. 1. §. 1. §. inter, D. de interd. d. L. inter, D. de iud.* Caussam autem interdicti in hac contentione adhibendi apparet esse hanc, quod infitiatione adversarii vis fit possidenti, quominus in iudicio proprietatis commodo possessionis suæ utatur.

XI. Re [13] & facto vis fit & possessionis controversia extra iudicium, cum quis nullam proprietatis controversiam verbis movens aliquid facit in re possessa, quo eum qui possidet, prohibet libere uti possessione sua. Id fit duobus modis. Uno, cum quis possessorem in suo prohibet quid facere eorum, quæ quivis dominus in re sua potest facere: puta serere, arare, ædificare, quid reficere. *d. L. vim facit, D. de vi.* Altero, eum quis in re aliena instituit ipse quid facere invito possessore; veluti, ire, agere, aquamve ducere, aut aliter re uti, frui domino non concedente. Adversus quæ facta duplici via se tueri dominus potest; & actione negatoria de servitute, & interdicto. Actione, ut neget ius esse adversario hæc se invito facere. Interdicto, ut sit interdictum uti possidetis quo experiatur: quia qui ista faciat invito domino, vim ei faciat, quominus possit rem suam possidere ita, uti possidet, id est possessione sua libere uti: hæc in *L. sicut, §. Aristo.* in pr. & vers. *sed & interdictum, D. si serv. vind.*

XII. His rebus concurrentibus constituitur huius interdicti caussa, hac constituta, fit interdicto atque huic actioni locus. Qua parte vis & potestas actionis quæritur. In quo hæc insunt, ut in superioribus actionibus, quæ quærantur; cuius rei gratia, seu ad quid constituta sit actio: tum in personis cui detur, & adversus quos. Comparatum est hoc interdi-

10) Etsi nunquam antea, nec facto inquietaverit, vid. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 171. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 42. *&* *Q.* 62. ubi *n.* 468. *& seqq.* quibus modis quis iudicio turbari dicatur fuse tractat. Idem est in verbali inquietatione extra iudicium, quoties scilicet per diffamationem possessio actoris turbatur, & liber rei sua usus impeditur, Menoc. *d. Remed.* 3. *Q.* 41. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 170. Ut si ea factum ne invenire possit colonos, operarios, inquilinos, per *L.* 12. *de vi arm.* Quod si nec possessio nec fructus rei impediatur, non competit hoc interdictum, sed remedium legis diffamari, Gomez. *d. lo.* vid. Barth. Blarer. in *L. diffamari* C. 5. *n.* 36. *&* 4. *seqq.*

11) Ac aliis quorum 26. recenset Menoch. 6. *Præsumpt.* 69. Fr. Guicciard. *Hypomnes. polit.* 112. Magnum, ait, possessionis commodum in rebus privatis, maius in caussis imperiorum.

12) Nec igitur possessorium hoc cum petitorio coniungi & simul utroque agi potest, vid. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 66. diss. Cuiac. 25. *Obs.* 34. Io. Tavard *ad L.* 3. *C. de interd. n.* 16. *& seqq. etc.* Quin Donellus noster *ad d. L.* 3. *C. de interd.* nullum plane interdictum consortium actionis in rem ferre sentit, quod hic non persequor.

13) Quibus modis sic fiat turbatio, tractat Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *Q.* 62.

terdictum, ut apparet, tuendæ & retinendæ posseſsionis cauſsa. *L.* 1. in princ. §. *eſt igitur*, *D. uti poſſ.* Unde & dicitur interdictum retinendæ poſseſsionis. §. *retinendæ*, *Inſtitution. de interd.* Sic recte retinetur hoc interdicto poſseſsio, ſi & in futurum retinetur, & in præteritum. Quod & hoc interdicto conſequimur. In futurum ſic conſtituitur, ſi is qui agit declaretur ſententia iudicis poſsidere: Sic enim fit, ut auctoritate rei iudicatæ tutus poſseſsor deinceps pro poſseſsore habeatur adverſus eum, qui hoc interdicto victus eſt de poſseſsione. Et vero huc interdictum ſpectat; quo dum petit quis ſe ita defendi uti poſsidet, prius ſe poſseſſorem eſse intendit, ac talem etiam ſe pronuntiari vult. Quare & hoc primum eſt in officio iudicis, ut quem cognoverit poſseſsorem eſse, eum ſententia ſua talem eſse [14] declaret. Similiter ut cum fundum petii, iudicis eſt declarare ſententia ſua meum eſse: cum petii ſervitutem, eodem modo. *L.* 4. *& ex diverſo*, §. 1. *D. de rei vind. L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur*, *D. ſi ſer. vind.* Merito: ſi quidem in his omnibus actor non petit rem aut poſseſsionem ſibi cedi; ſed eam quæ eſt, declarari, ut eſt in *d. L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur*. In præteritum autem ſic retinetur poſseſsio, non ſi vis revocetur, quæ prius poſsidenti facta eſt: quod ſane fieri non poteſt: facta enim infecta fieri non poſſunt: ſed ſi poſſeſſori ſarciantur damna, quæ ex ea re contigerunt. In quam partem etiam eſt hoc interdictum. Inde enim competere dicitur in id [15] quanti ea res eſt; id eſt quanti actoris intereſt poſſeſſionem retinuiſſe. *L.* 3. §. *ult. D. uti poſſ.* In quo nihil conſtituitur proprium huius interdicti. Lex hæc communis eſt omnium obligationum faciendi, ut ſi factum non eſt, quod debuit, condemnatio fiat in id quod actoris intereſt. *L. ſi quis ab alio*, §. *ult. D. de re iud.* Illud notandum eſt, etſi hic agitur in id quod intereſt: tamen in hanc ipſam quantitatem interdictum non dari niſi intra [16] annum, quo primum experiundi poteſtas fuerit, ut edicto expreſſum eſt. *L.* 1. in princip. *Uti poſſ.* Atqui certi iuris definitio eſt, actiones quanvis prætorias rei perſecutionem continentes, ultra annum competere, & eſſe perpetuas. *L. in honorariis*, *D. de obligat. & act.* Quid eſt autem perſecutio eius quod intereſt actoris, niſi perſecutio eius quod ei abeſt ex patrimonio: ac proinde quid aliud, quam rei perſecutio, ut definitur hoc idem in *d. L. in honorariis*, *de obligat. & act.* Sed nihil hic fit adverſus ſuperiorem definitionem iuris. Sane enim ſi quid cuius vere interſit, quia vere ei abeſt ex patrimonio, recte dicatur rei perſecutionem continere. Sed ſi quid æſtimatur, quaſi interſit quod vere non intereſt actoris, quia ei nihil abeſt de patrimonio: non poteſt quæ actio id perſequitur rei perſecutionem continere. At hoc in hoc interdicto accidit, ubi ſæpe iniuſtus poſſeſſor, vincit: cuius tamen proprie nihil intereſt eam poſseſsionem tenere, quæ eius eſse non debet. Sed etſi agat poſseſsor bonæ fidei: tamen ſæpe contendit cum vero domino, cuius uti res eſt, ita debuit etiam eſse poſseſsio, ut ei potius videatur poſseſsio adimi, quam actori, tametſi poſsideat. Eſt igitur utrobique condemnato reo in condemnatione pœna, ubi præſtare cogitur, quod actori ex patrimonio abeſt.

XIII. Cui detur hoc interdictum, ex ſuperiore cauſsa interdicti intellectum eſt. In quo enim eſt cauſsa interdicti, is eſt qui habet interdictum. Competit ergo ei qui poſſidet litis conteſtatæ tempore, ſi modo poſſideat [17] nec vi nec clam nec precario ab adverſario. Hoc interdicti verba ſatis clare demonſtrant, quæ iſtum ipſum poſseſsorem tuentur, dum vetant ei vim fieri, quominus ita poſſideat. Idque ita amplius teſtatum eſt in *d. L.* 1. §. *pen.* & §. præcedenti, *Uti poſſ.*

XIV. Competit hoc interdictum adverſus eum, qui poſſidenti facit poſseſſionis controverſiam: ſed ita, ſi is non poſſideat, aut poſſideat ab adverſario vi, clam, aut precario. Nam adverſus eum qui poſſidet

nec

14) Quæ forma ſententiæ, vid. Don. *ad L. un. C. h. t. n.* 18. *& ſeqq.* Menoch *d. Remed.* 3. *Q.* 87.

15) Vid. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 39. *&* *Q.* 99. Sed num hic quoque ſuccumbens cavere debet de non amplius inquietando? Ita volunt argum. *L. pen. de aq. quot. & æſt. & per L. un. C. h. t.* Duar. 1. *Diſp.* 91. & DD. comm. Weſ. *in Par. h. t. n.* 5. Gail. 1. *Obſ.* 116. volens etiam in exſecutione, ſi ante non petita & in ſententia omiſſa exigi poſſe. Contra Don. *ad L. un. C. h. t. n.* 20. *& n.* 28. retorquens argum. *ex d. L. pen.* quis nominatim & ſpecialiter in controverſia ſervitutum exigitur, quod ibi fungatur vice reſtitutionis, quæ naturalis ibi nulla eſſe poteſt. Et imo in *d. L. pen.* cautio nuda exigitur. Quare cum *d. L. un.* de ſatiſdatione loquatur, illa cautio intelligi nequit. Denique *ibid.* disiunctive *vel* arguit ab eodem præſtari ſatiſdationem a quo poſſeſſio transferri poteſt. At a victo transferri nequit, quia nullam habet, ideoque victus eſt. add. Cui. 1. *Sent. Pauli* 12. Rob. 3 *Sent.* 21. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 95 Fachin. 8 *Contr.* 14.

16) Quod declarat Menoch. *Q.* 85 ſi ratione intereſſe præteritæ turbationis agitur, ſecus ſi ne in poſterum turbetur. Nova enim quotidie turbatio novo interdicto cauſſam dat. Facit arg. *L.* 1. § *pen. de Uſuf. accr.* Pone. Turbatus eſt quis per 10. annos. Agit hodie ratione præteritæ turbationis. Non excluditur annali præſcriptione.

17) An & contra eum, qui bona fide accepit ab eo, qui clam ab actore poſſidebat? Affirm. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 45. de quo dubito.

nec vi nec clam nec precario ab adversario ideo non competit, quia hunc ipsum possessorem interdictum tuetur. Dicimus autem interdictum aut actionem competere adversus eum, qui intentione actionis probata iodicio vincitur. Quod fit in hoc interdicto tunc solum, cum is qui agit solus recte possidet, non adversarius. *L.* 3. in pr. *D. uti poss.* Et tamen ita interdictum datur adversus eum qui non posfidet, ut semper fit adversus eum, qui nihilominus contra se possessorem contendit : qui si initio litis fateretur se non posfidere, iudicium nullum foret. Quoniam nullæ sunt partes iudicandi in confitentes. *L. proinde*, *§. ult. D. ad leg. Aquil.* Unde illa verba interdicti ad eos qui se posfidere dicunt, pertinentia: *uti possidetis*, *quominus ita possideatis vim fieri veto*. Atque hinc etiam dictum, hoc interdictum duplex esse; & eos quibus competit, & actores esse & reos. *L.* 3. *§.* 1. *uti poss.* Recte: apparet enim litigatores in hoc interdicto sic agere, ut uterque & se posfidere dicat, & simul adversarium posfidere neget. Qua parte se posfidere dicunt, sunt actores id agentes, ut sibi posfesfio integra præstetur, quam adversarius adimit. Qua parte agente adversario negant, sunt rei, id agentes ne præstent, quod ab ipsis petitur.

XV. Quid ergo, si is cum quo agitur, etiam possideat, ut proponuntur duo, quorum uterque posfideat nec vi nec clam nec precario ab altero? ut accidere posse Ulpianus fingit in *L.* 3. in pr. *D. Uti poss.* An posfit accidere, amplius postea videbimus. Nunc hoc concesso posse, quia Ulpianus ita scribit, quærimus si eveniet, quid futurum sit hoc interdicto. Et interdicti verba manifesta sunt, quibus efficitur utrumque tuendum, & ut Ulpianus loquitur in *d. L.* 3. in pr. [18] neutrum vinci ab altero. Sic enim verba sunt: *Uti possidetis*, *quominus ita possideatis*, *vim fieri veto*. Hæc tuitio ambornm dno continet, quorum alterum ad possesfionis declarationem pertinet: alterum ad persecutionem eius quod interest. In posfesfione hoc efficit, ut iudex pronuntiare debeat ambos posfidere, ut fieret in unius posfesforis persona. Quod autem attinet ad persecutionem eius quod interest, sequitur, ut utrumque ab altero ab ea persecutione absolvere debeat. Sic enim fiet, ut neuter vincatur, ut Ulpianum loqui paulo ante diximus. Quod contra fieret, si unus vinceretur. Hunc enim in eam pecuniam condemnari oporteret.

XVI. At hæc sententia dicet aliquis, litigatoribus est inutilis; proinde & interdictum quo ista sententia inducitur. Manet enim & post hanc sententiam eadem controversia possessionis, quæ prius; hanc autem sequuntur duo hæc incommoda, atque adeo hæc ipsa superiore sententia confirmantur. Unum, quod iam licet utrique etiam per istam sententiam vim facere alteri impune, quominus possideat: ex quo vis & rixæ inter litigatores constitutæ. Alterum, quod utroque possessore pronuntiato confirmat hæc ipsa sententia iudicium de proprietate inter eos litigatores iam exerceri non posse: cuius tamen instituendi & promovendi caussa maxime comparatum est interdictum uti posfidetis, ut ante diximus. *d. §. retinendæ*, *Inst. de interd.* An non igitur potius mutamus hanc sententiam, ut hoc interdicto decidatur lis de possessione, cuius dirimendæ caussa hoc iudicium est institutum? Sed & verba & sententia interdicti refragantur, quæ aperte tuentur utrumque possessorem, dum neuter ab altero vi aut clam aut precario possideat. De incommodis superioris tuitionis & sententiæ, agnosco ea esse, quæ dixi. Sed non ideo prætor in eo interdicto, aut iudex in ea sententia reprehendendus. Nascitur enim hæc nmnis incnmmoditas non ex male constituto iure aut ex imperitia iudicis: sed rei conditione, quæ hoc ipsum ius necesfario peperit: dum scilicet in caussa momentaneæ posfesfionis proponnntur duo in speciem pari inter se iure, qui dum pari-

18) Quod Don. *ad L. un. C. h. t. n.* 22. *& seq.* contr. Bart. & DD. semper iuris esse putat, quoties neutrius possessio ab altero violenta, clandestina, vel precaria. Nec hic attendi debere utrius antiquior possessio sit, cum Interdicto hoc non quæratur an possederit, sed an possideat. Nec an alter clam possideat, modo non ab adversario. Sed nec potiorem esse qui titulo præditus, eum hoc interdictum etiam violentum possessorem tueatur. Nec ab uno plures sint & probatiores testes (uti iure Sax. cautum Landr. *Lib.* 3. *Art.* 21. Reinh. *Diff.* 55 *P.* 4. *inter. diff.* Zoeel. *P.* 1. *Diff.* 19.) cum hic de rebus diversis deponant. Ergo per *L.* 12. *de testib.* Sed nec partes concursu illos facere, propter verba uti possideris, ita possideatis. Eadem igitur servatur possessio quæ ante habebatur. Ast Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 87. post varios casus enumeratos, quibus unus possessor sententia fieri possit, ne eo quidem casu quando omnia utrobique paria, sententiam Donelli admittit, ne ad arma & rixam partes procedant *L.* 13. *§.* 3. *de Usuf.* (ad quod Resp. Don. *n.* 24. ex verbis *d. §.* 3. quos potest componere. Hic, ait, res per naturam iudicii aliter componi nequit) Ipse autem examinatis novem opinionibus tandem *n.* 776. *& seqq.* ad Principem recurrendum putat, qui partes componat, forte partes utrique adsignando. Sed *d. L.* 6. *pr* recipit Menoch. *n.* 740. de diversa possidendi specie, ut si unus ut fructuarius, alter ut proprietarius. Atqui eo casu non neuter, sed uterque vincet & vincetur, diversis respectibus. Tuebitur enim Prætor hunc in possessione proprietatis, illum in iure servitutis, & utrumque ne alterum turbet vetabit, ut ipse Menoch. *n.* 726 vid. & Tessaur. *Decis.* 206. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 178. *& seqq.*

pariter possident, nihil caussæ est, cur unum debeat prætor in possessione tueri potius, quam alterum. Sed tamen adversus hæc incommoda unum est remedium, quod proponitur, licet admodum obscure in *L. unica, C. uti poss.* Verba rescripti hæc sunt. *Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciæ vim fieri prohibebit.* Hactenus confirmatur superior sententia de utroque litigatore possidente tuendo; Sequitur id remedium quod dixi: *ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui* [19] *forma servata, de proprietate cognoscet.* Est autem hæc sententia; Vobis ambobus, o litigatores, ita ut diximus, possidentibus, dum volumus ambos in possessione tuendos: si nihil aliud intervenerit inter vos, quod possessionem in unum transferat, fieri non potest, ut præses cognoscere possit inter vos de proprietate: cuius actio nisi uno tantum possessore constituto a quo petatur, institui non potest. *d. §. retinendæ, Institution. de interd.* At si unus vestrum satisdederit, transferetur in eum possessio forma edicti perpetui servata. Qua possessione in satisdantem translata eveniet, ut unus is sit possessor, alter petitor. Quo constituto procedet petitoria actio, atque ita præses recte atque ordine de proprietate cognoscet. *L. incerti, C. de interd.* Est autem satisdatio & translatio possessionis quæ hic commemoratur, huiusmodi, ac res in eo ita transigitur, cum ambo litigatores possident, atque ita declarantur possidere sententia iudicis: si unus velit rem procedere, ut instituatur nihilominus actio de proprietate: petat se solum possessorem haberi, a quo res petatur, & offerat de re possessa satisdationem, qualem possessores ex edicto perpetuo præstare olim solebant, cum ab his res vindicabatur. Ea est autem satisdatio iudicatum solvi: qua caveat si in iudicio vindicationis de proprietate victus erit, se rem una cum fructibus & omni caussa restituturum, & in eam rem det fideiussores. Id enim est satisdare, cavere fideiussoribus datis. *L. 1. D. qui satisd. cog.* Atque hoc ius vetus est ad tenendum possessionem constitutam adversus eum qui rem vindicabat, ut refertur initio *Tit. Inst. de satisd.* Quam satisdationem in eam rem si admittit adversarius, superiori iuri conveniens est, ut qui satisdederit, solus pro possessore habeatur, adversarius ab eo petat. Quod si adversarius non admittet satisdationem, licet ei repudiare; sed hac lege, dum ipse satisdet potius, nam ei defertur electio, utrum malit; qui si malit ipse satisdare, nempe id consequitur, quod is qui obtulit, esset consecutus, ut videlicet ab eo quanvis maxime possideret, transferatur tamen possessio in eum qui ex electione sibi data satisdedisset: eaque est translatio possessionis, quæ commemoratur superiore rescripto. Hæc dicimus in hac caussa exemplo plurium tutorum: ex quibus si unus aliquis offerat se satisdaturum rem pupilli salvam fore, ut solus administret; hactenus auditur, ut electio detur contutoribus, utrum velint satis accipere, an satisdare; atque his satisdantibus transfertur in eos administratio. *§. 1. Inst. de satisdat. tut.* Exemplo item eius, a quo cum res fideicommissæ peterentur, placuit eum si appellasset, cavere debere adversario earum rerum nomine: sed ita: ut si illo cautionem offerente potius caveat adversarius, transferri in eum possessio debeat. *L. 5. §. 1. D. ut leg. seu fid. nom.*

XVII. Enimvero hæc ita sunt, si proponantur ambo litigatores possidere nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero. At ex hac re & interdictum, & tota sententia superior incidit in difficultatem. Est enim veterum & certi iuris definitio tradita in *L. 3. §. ex contrario, D. de acq. poss.* duos in solidum possidere non posse. Neque hoc expedit Ulpianus in *L. 3. in pr. D. uti possid.* qui proponit duos possidere in solidum, & hoc ita procedere posse ait; si proponatur unius iusta, alterius iniusta possessio. Nam in universum ita traditur in *d. L. 3. §. ex contrario.* Duos in solidum possidere non posse, sive uterque iuste, sive uterque iniuste,

[19]) Conveniunt fere in verborum expositione Cuiac. 1. *Sent. Pauli* 21. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 95. qui satisdari volunt ab eo, qui possessorio obtinuit (in quo a Donello diversum sentiunt, quia noster putat sic satisdari ubi neuter obtinuit) nisi se deterius in re facturum, sed rem cuius possessionem obtinuit, si in petitorio contra iudicetur illæsam restituturum. Sic enim Ascon. *in 3. Verrina.* Qui eam rem tenet satisdat, pro præde vindiciarum, adversario, nihil se deterius in possessione facturum &c. Nec enim, ait Don. ad *L. un. n. 25.* illa alia satisdatio quam iudicatum solvi. Quo enim de re tuenda caveri adversario, si restitui & aliquando non debet. Quid si uterque satisdare paratus? Præferetur cui prius oblata est, ut si velit satisdare solus retineat possessionem, si nolit satisdare præstet qui obtulit translata possessione, Don. *d. lo.* Obst. § 2. *I. de satisd.* Resp. Hodie hæc satisdatio exigi nequit a possessore *d* §. 2. scilicet si unus possidet & solus (quo refellitur Menoch & Cuiac. acceptio.) Hic autem necessaria est ut ex duobus unus possessor constituatur. Don. *d. lo. n.* 24. Diss. Rob. 3. *sent.* 21. volens possessionem non transferri in adversarium, sed sequestrum per *L.* 7 § *ult. Qui satisd. cog.* Nam si res mobilis, arguit, apud officium deponenda *d.* §. *ult.* vicem illius depositionis in re soli referet sequestratio per *L.* 22. §. 8. *sol. matr.*

iuste, sive unus iuste, & alter iniuste possideat: & additur ratio, quæ omnem istam distinctionem possessionum reiiciat, quia in summa possessionis nihil interest, iuste quis an iniuste possideat. Et de vera possessione hoc recte dicitur in universum, duos possidere non posse in solidum; in quam sententiam est [20] superior definitio; cui tunc locus est, cum de fructibus aut dominio propter possessionem acquirendo agitur. In his enim acquisitionibus cum vere & perpetuum adiiciatur possidenti dominium rei possessæ aut fructuum: etiam veram possessionem, quæ hos effectus pariat, subesse oportet. At cum spectamus opinionem & affectum rem tenentium, possunt duo existere, qui etsi vere simul eundem fundum non possideant, tamen videantur simul possidere, dum scilicet uterque fundum ingressus est, & pariter hoc animo est ut possideat. Etsi in his qui posterius ingressus est, non possidet, quandiu prior non deiectus animo retinebit possessionem: tamen in hoc interdicto, in quo spectamus præsentem detentionem cum affectu dominantis coniunctam, pro possessore, [21] habebitur, dum ab adversario nec vi nec clam nec precario possideat. Sed in hoc interdicto, inquam, in quo qualemcumque possessorem hoc ipso quod in speciem possidet etiam si iniuste, prætor tuendum putavit. *L. 2. d. L. 3.* in pr. *D. Uti poss.* At rursum quomodo fieri potest, ut duo isto modo insolidum possideant, ut non certo & statim constet aut alterum non possidere, aut possidere ab altero vi, aut clam, aut precario? quibus casibus utrique hoc interdictum pariter est inutile. Nam qui posterior ingreditur possessionem necesse est id faciat aut vi deiecto priore possessore, aut clam eo, aut sciente quidem & volente, sed precario. Si vi deiecit priorem possessorem, ille possidere desiit, *L. naturaliter. D. de usurp. & usucap.* ut iam ei inutile sit interdictum uti possidetis ad retinendam possessionem quam amisit, & illi recurrendum sit ad interdictum unde vi ad possessionem amissam recuperandam. Sed etsi huic competere posset interdictum uti possidetis: tamen posterior eodem interdicto uti non posset, quia proponitur vi possidere ab adversario. Si posterior clam priore occupavit possessionem, vel hoc ipso constat solum priorem possidere, ut qui quandiu deiectus non est, retinet animo possessionem, *§. possidere, Inst. de interd. L. clam, §. ult. D. de acq. poss.* Sed & ad hunc interdictum non pertinet, quem constat clam ab adversario possidere. Idem dicendum est, si posterior a priore possessionem precario accepit. Nam & prior solus animo possidet: *L. & habet, §. eum qui, D. de prec.* & posterior precario ab adversario possidet. Et fatendum est, si duo tantum sint eiusdem fundi possessores, quorum unus alteri successerit, fieri non posse, quin aperte unus tantum possideat aut alter possideat, ab adversario clam, aut precario. Sed procedere res potest, si proponantur tres possessores ex quibus de possessione agatur inter primum & tertium, hoc modo. Primus aliquis ex iusta caussa ædes accepit vel a domino, vel ab eo quem dominum putabat, & ita possessionem nactus est. Is vere & iuste possidet. Cum hic peregre profectus esset nemine domi relicto, exstitit secundus, qui absente possessore furtim possessionem ingressus est, & pro suo possedit. Exstitit deinde tertius qui hunc secundum vi deiiceret, aut clam eo, vel precario ab eo possessionem acciperet. Si primus possessor bonæ fidei reversus vim patiatur a tertio isto, quominus possideat, exstitit ea species quam quærimus, & quæ conveniat sententiæ Ulpiani in *d. L. 3.* in pr. *Uti poss.* In qua scilicet primus iuste possidet, tertius iniuste; sic tamen, ut neuter ab altero vi, aut clam, aut precario possideat. Quo casu utrumque ex interdicto & sententia iudicis tuendum esse dicimus. Et res inter istos non aliter

pro-

20) Recte. Possessio namque sive iusta, sive iniusta, ita totam rem complectitur, ut ne sit alteri locus. Nam omnem fundi locum ita sepsi ut, etiamsi abiero, nequeat ab alio occupari. Ubi autem redeunti animum possidendi ademisti, incipis solus, licet iniuste, possidere: vi autem deiectus non possidet, sed perinde habetur *L. 17. pr. de acq. poss.* Connan 3 *Com.* 10. *n.* 5. Et Turamin. *de Substantia possession.* C. 2. Ratio, ait, huius rei naturalis repugnantia. Qui enim corporaliter tenet, ita rem complectitur, ut alteri interim locus non sit. Simili ratione qui animo complectitur, ita complectitur, ut alteri complectendi locum minime relinquat. Nec audiendi sunt qui diverso genere possidendi duos rem possidere posse sentiunt. Semper enim una tantum unius rei possessio vera. Minus dicendum, duos in solidum civiliter possidere posse, ut Vaconn. 2. *Declarat.* 39. Sequeretur enim duos usucapione posse fieri dominos, duos fructus acquirere &c. Sed de hac quæstione vid. Duar. ad *L. 3. §. 5. de acq. poss.* qui eam omnium, quæ in tractatione possessionis occurrunt difficillimam vocat Cuiac. 9. *Obs.* 32. Borch. *de Acq. poss.* C. 6. *n* 18. *& seqq.* P. Fridd. Minda. *de Materia possess.* C. 10. Arumæ. *Disp. Pand.* 20. *Th.* 11. P. Gilken. *de Prascript.* n. 3. C. 12. fuse & ex professo Turamin. *de Substantia possessionis.*

21) Recte quod & facile sic probatur. Qui clam possidet vere non possidet *L. 6. §. ult. de acq. poss.* Atqui & hunc Prætor tuetur, modo non ita ab adversario teneat. Sic Gifan. *ad L. 3. §. 5. de acq. poss. n.* 35. ex mente Iustiniani accipi debere *d. L. 3. pr. h. t.* respectu huius interdicti, licet auctores dissenserint. Atqui ipse Ulp. auctor. *d. L. 3.* duorum in solidum possessionem negat *L. 5. §. ult. Commod.* Add. Arumæ. *Exercitat. Iustin.* 19. *Th. ult.*

procedet ad iudicium vindicationis, nisi intervenerit superius remedium satisdationis, & propter satisdationem translatæ possessionis.

XVIII. Cognito interdicto observanda est exceptio interdicti. Sic enim verba sunt edicti, quo hoc interdictum proponitur in *L.* 1. in pr. *Uti poss.* de cloacis hoc interdictum non dabo. Est autem *cloaca* finitore Ulpiano, *locus cavus, per quem colluvies aliqua fluat. L.* 1. *§. hoc autem, D. de cloac.* Hoc ergo dicit prætor, si quis nos prohibeat uti cloaca nostra ad sordes eiiciendas, se eo nomine hoc interdictum non daturum. Quæritur, quamobrem cum de cæteris rebus soli hoc interdictum competat, denegetur de cloacis: Nempe ideo, quod cloacam, seu loci corpus in quo est cloaca, nemo possidet, sive eam in suo habeat, sive in alieno, & hic aut ibi uti prohibeatur. In suis ædibus si quis cloacam habet, non ideo cloacam possidet. Qui enim ædes possidet, non aliud intelligitur, quam ipsas ædes universim possidere. Singula corpora ex quibus ædes constant, non possidet, ut dixerit Iavolenus in *L. eum qui ædes, D. de usur. & usucap.* Itaque si quis cloaca sua prohibetur in suo uti, erit quidem ei interdictum uti possidetis ad vim inhibendam: sed interdictum de ædium possessione, non cloacæ: quia qui partis usum impedir, is impedit usum ædium, quarum pars est cloaca. In alienis ædibus si quis habet ius cloacæ habendæ, hic vero aperte cloacam ibi non possidet. Nam si locus cloacæ pars est earum ædium: necesse est, ut alienæ sunt ædes, in quibus cloaca est, ita cloacam alienarum ædium partem esse, ac proinde loci corpus alienum videri. *L.* 4. in pr. *D. si ser. vind.* Quo fit, ut quemadmodum ædes ab extero possidentur, sic & cloaca, quæ ibi habetur. Hoc autem interdictum tantum proponitur a prætore possidenti. At enim si ita erat, quid opus fuit cloacam excipere, quæ verbis interdicti non continebatur? Non sane rei ipsius excipiendæ caussa, sed dubitationis eximendæ. Non possidetur a nobis is locus in quo est cloaca; & cum habeatur cloaca a nobis, etiam possideri videbitur, ut fiat & de hoc genere interdicto locus. Quod ne quis existimet, cavet nominatim prætor se de cloacis hoc interdictum non daturum? Quid ergo impune nos quis prohibeat uti iure cloacæ, quod in alieno habemus? Minime: sed erit actio aut interdictum de iure servitutis, non de possessione ipsius loci. De iuris possessione postea videbimus in interdictis de servitutibus.

XIX. Considerandum etiam ad extremum genus huius actionis, & obligationis, ut intelligere liceat, quam ad hunc locum pertineat, idest ad eas obligationes, quæ ex maleficio nascuntur. Meminisse debemus, cum dicimus adversus vim superiorem, quæ fit possidenti competere interdictum Uti possidetis aut Utrubi, hoc dicere nos, competere actionem: & maxime hodie, cum formulis interdictorum sublatis relinquitur solum utilis actio interdicti loco. *§. ult. Inst. de interd. L. pen.* & *L. ult. C. eod.* Hæc actio cum sit in id quod interest actoris vim possidenti factam non esse: apparet non esse in rem, quia non est de re nostra. Quo efficitur esse in personam, ut sunt tantum hæc duo genera actionum. Quod si in personam: intelligimus etiam esse adversus eum, qui nobis obligatus est, ut est descriptio actionum in personam. *L. actionum, D. de obl. & act. §.* 1. *Inst. de act.* Ita hic quoque revolvimus eodem, ut quemadmodum in superioribus, sic in hoc interdicto, atque hac actione quærendum sit, qua ex caussa hæc obligatio nascatur. Et non dubium est, quin sit ex maleficio, similiter ut obligatio superioris interdicti. Est enim hæc actio adversus vim, quæ fit possidenti. Hæc vis cum noceat alteri minuatque eius possessionem, maleficium est; si modo recte definivimus maleficium esse omne factum, quo male fit alteri, idest quo nocetur, detrahiturque quid alteri iniuria. Eiusque rei non obscurum argumentum est, quod supra diximus hanc actionem continere persecutionem pœnæ, non rei, unde intra annum tantum competit. Non est enim pœna, nisi delicti & maleficii coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Ex quo intelligitur, quam recte & hæc actio atque obligatio ad hunc locum a nobis referatur.

CAP. XXXIV.

De vi adhibita ad impediendam servitutum quasi possessionem; & de interdictis seu actionibus possessoriis adversus eam vim iure proditis.

Interdicta possessionis tuendæ retinendæve prodita in servitutibus rusticis; & cur non in urbanis. I.

Tria esse interdictorum istorum communia, & quæ. II.

Transitio ad singulorum explicationem. III.

Interdictum itineris, actus, & viæ quid commune cum aliis habeat, quid proprium. IV.

Aliud de refectione itineris tria habet propria; & quæ illa. V.

De aqua ducenda duo proposita interdictorum genera. VI.

Primum *de usu aquæductus. Tria de hoc interdicta, & quæ. Ea qua in re conveniant, aut differant*. VII.

Secundum *de refectione rivorum. Cui competat; & quid distet a refectione itineris*. VIII.

De aquæ haustu duo item interdicta, & quæ. Eius refectio ad quæ loca pertineat. X.

De cloacis privatis duo & singula interdicta. X.

Cur nullum de usu cloacarum proditum interdictum; & cur liberum cuique habenti privatam cloacam hanc reficere. XI.

Refectio cloacæ publicæ qualis. A quo præstetur, & quatenus. XII.

Interdicta possessoria rerum corporalium, & servitutum quorsum prodita; & quatenus differant. XIII.

Interdicta ad refectionem servitutum spectantia quomodo singula differant inter se. XIV.

Superiora interdicta ad obligationem ex maleficio omnia revocari. XV.

I. UT rerum corporalium, sic & incorporalium, ut servitutum, sua quædam possessio est, quæ & quasi possessio nominatur in *L. si quis diuturno*, *D. si ser. vind.* Ea autem est eius servitutis usus. *L. quoties*, *ult. D. de servit.* Hæc possessio non minus impediri potest ei, qui servitute utitur, quam in rebus corporalibus vere possidenti. Atque adeo quibus rebus prohibetur quis re corporali libere uti ut vult, eumque ita possidere, uti possidet: iisdem omnino prohiberi quis potest, quominus servitute utatur: ut in utroque genere pariter adversus possessionem atque usum istarum rerum vis fiat. Ideo in simili genere maleficii etiam de servitutibus interdicta veluti possessoria constituta sunt, uti hæc nominantur in *d. L. quoties*, *ult. de servit.* nempe adversus vim superiorem tuendæ retinendæque veluti possessionis servitutis caussa. Non tamen de omnibus servitutibus interdicta huiusmodi sunt proposita, sed de certis tantum generibus: in quibus scilicet incertior & mobilior possessio, aut necessarius Reipublicæ servitutis usus præsentius auxilium & tuitionem prætoris exposcere videbatur. Incerta possessio est in servitutibus rusticorum prædiorum. Nemo enim tam continenter tamque perpetuo ire, agere, aquam ducere, aut haurire potest, ut non sæpe, saltem aliquo momento eius possessio interpellari videatur, ut est in *L. servitutes prædiorum*, in pr. *D. de servit.* Hinc & de harum possessione, de qua ob eam caussam facile dubitari potest, interdicta sunt [1] constituta. In servitutibus urbanorum prædiorum possessio certa est, & de qua necesse habeat reus confiteri, si modo res subiiciatur oculis. Cum enim earum possessio in superficie consistat; necesse est, ut superficies semel posita, sic & servitutis possessio, quæ per superficiem retinetur, perduret, & se ipsam intuentibus ostendat. *L. servitutes quæ in superficie*, *D. de serv. urb. præd.* Ideo & de harum servitutum possessione interdictum nullum proditum legimus. Nempe ideo, quia esset supervacuum. Hic enim cum adversarius cum quo de usu servitutis agimus necesse habeat fateri de constitutione superficiei, puta tigni immissi, proiecti, aut cloacæ immissæ: apparet eum & de possessione ipsa iuris has res habendi satis confiteri. Qua confessione iudicium,

1) *L. 1. §. 1. de itin. act. priv.* Coraf. *ad L. ult. ibi penult. de servit. n. 15. & 2. seqq.* Menoch. *Retin. Poss. Remed. 5. Q. 7.* nec utile Interdictum de itinere &c. concedi pro servitute urbana sentientes.

cium, eoque & interdictum tollitur, nullæ enim sunt partes iudicandi in confitentes. *L. proinde*, §. 1. *D. ad leg. Aquil.* Est tamen de refectione cloacæ proditum interdictum, quod utilitas publica & necessarius Reipublicæ usus expressit. De qua suo loco. Ita in summa in servitutibus interdicta possessoria proposita sunt de quatuor his tantum generibus; de itinere & similibus quæ sunt in commeando; de aquæductu; de aquæ haustu; de cloacis.

II. De quibus ne verbosa fumatur oratio, ac necesse sit eadem inculcare sæpius in singulis generibus: sciendum est pleraque esse omnium communia. De quibus etiam recte fiet, si semel & in commune admoneamus. Hæc autem breviter sunt tria: caussa & occasio agendi: finis interdictorum: is cum quo agitur ex his interdictis. In caussa omnium istorum interdictorum hoc commune, quod cum sint retinendæ possessionis, hanc originem habent, si quis cui vim facit quominus servitute utatur, aut quominus ea faciat, quæ ad eum usum quoquo modo pertinent. Finis idem omnibus, ut cui hæc interdicta dantur, ne ei vis fiat, quominus ita utatur, ut ante usus est, aut ei utendi ius est, prout huic aut illi interdictum competit. Quod ni fiat, etiam in his interdictis, ut in superioribus, actio & condemnatio una est in id quod actoris interest servitutis usu prohibitum non esse. *L.* 3. §. *in hoc interdicto*, *D. de itin. act. priv.* Is cum quo agitur ex his interdictis unus is, qui vim facit, quominus quis servitute utatur. Quæ omnia ex ipsis interdictis, quæ subiicientur, licebit animadvertere.

III. In eo discrepant hæc interdicta, quod non uni & eidem qui quæratur de usu servitutis sibi vim fieri, ista proponuntur: sed aliis, atque aliis, prout est genus servitutis. Hinc de singulis istis generibus distincte interdicta proposita; in eoque hæc varietas & distinctio istorum interdictorum constitit. Atque hoc potissimum cogitationem & tractationem referri oportet. De quo deinceps ex superioribus generibus servitutum breviter cognoscamus.

IV. Primum ergo genus est, itineris, actusque privati, item & viæ privatæ. De hoc genere duo sunt interdicta, quæ proponuntur & explicantur sub Titulo [2] *De itinere actuque privato*. Unum est de usu itineris, actusque privati, & viæ. Alterum de loci per quem itur, refectione. Primum de usu exstat in *L.* 1. in pr. *D. eod.* Quo vetatur, si quis itinere, actuque privato vel via hoc anno usus sit nec vi, nec clam, nec precario, ne vis ei fiat, quominus ita utatur. Datur igitur interdictum ei, qui servitute [3] usus est hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario. In quo quod exigitur, ut qui agit, aliquando utatur servitute, commune est cum interdicto uti possidetis, quod est de rebus soli. Quod enim in illis rebus est possessio, hoc in servitutibus est usus: si quidem hic usum intelligimus, cum quis ius fundi possidet; quod ita fit, si ita utatur, ut id tanquam suo iure faciat. *L. ult. D. eod. tit. L. ult. D. quem. serv. amit.* Illud etiam commune, quod exigitur, ut qui utitur, utatur, id est possideat ius fundi nec vi, nec clam, nec precario ab adversario. Hoc demum proprium huius generis, quod datur interdictum ei, non qui nunc utitur, sed qui aliquando usus est, dum hoc anno. Ex quo intelligitur, quid distet hoc interdictum ab interdictis uti possidetis, & utrubi, quæ sunt de possessione rerum corporalium. Nam hæc proposita iis qui possident verbis in præsens tempus quo agitur, conceptis, satis intelliguntur hanc vim habere, ut competant solum ei qui tempore litis contestatæ possidet, uti & competere placet. §. *sed interdicto*, in fin. *Inst. de interd.* Ut si quis eo tempore non possidet, cesset interdictum, quanvis toto anno superiore possederit. Hoc autem interdictum sic proponitur ei qui hoc anno usus est, ut appareat dari ei, qui ante usus est, licet eo tempore, quo agitur interdicto, usus non sit. *L.* 1. §. 2. *D. de itin. act. priva.* Nec adiicitur, quandiu antea sit usus hoc anno: ut intelligatur etsi brevissimo tempore hoc anno usus sit, eum ad tuitionem prætoris pertinere. Quod tamen veteres sic acceperunt, dum ne paucioribus diebus sit usus, quam triginta. Hoc in *d. L.* 1. §. 2. Adeo autem sufficit per hoc tempus usum esse itinere nec vi, nec clam, nec precario, ut si quis ita usus sit, verum postea non sit usus, sed clam aut precario, placeat nihilominus ei interdictum com-

2) Menoch. *de Remed.* 5. *n.* 2. duo esse capita Interdicti (1) mere possessorium. (2) quod proprietatis caussam admissam habet, & Tavard. *ad h. t. n.* 5.

3) Etsi forte ita ab alio, atque ita mala fide. Neque enim probari potest requisitum DD. quod necesse sit ut crediderit se iure suo usum esse, de quo Menoch. *d. Remed.* 5. *n.* 13. *& seqq.* tractans qua ratione de eo constare debeat, qui & ibid. (7) requisita huius Interdicti ex Cœpol. *de Serv. Rust. C.* 1. refert.

competere, *d. L.* 1. *§. ult.* & *L.* 2. *D. eod.*

V. Alterum interdictum de itineris refectione exstat in *L.* 3. *§. ait prætor, eod. tit.* quo cavetur ne ei qui itinere actuque privato hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario usus est, vis fiat, quominus id iter actumque reficiat. Erat hoc interdictum consequens priori. Nam hæc refectio eiusmodi est, sine qua itinere commode uti non possumus. Ita quodammodo usus itineris pars est, *d. L.* 3. *§. utilitas*. Id etsi ita est: non tamen hoc posterius interdictum eidem proponitur, cui prius; sed plus multo in hoc posteriore exigitur. Ea autem sunt tria præter illud amborum commune, quo exigi dixi, ut quis usus sit hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario. Primum hoc, ut qui hoc interdicto utitur, ius reficiendi habeat, id est ut servitus ei debeatur. *d. L.* 3. *§. hoc autem*. Merito; hoc enim plus est in reficiendo itinere, quam in eundo agendo, quod qui ivit egit, etiam si nullo iure fecerit, tamen solo nihil nocet, quod nihilominus integrum domino relinquit. Qui reficit, alieni soli faciem mutat. Quod nulli facere concedendum est in alieno cum iniuria domini, nisi quis id iure suo faciat. Sic autem faciet suo iure, si faciet iure servitutis in alieno constitutæ. Secundum hoc ex eadem ista ratione, ut idem qui de refectione agit, nihil faciat contra legem impositæ servitutis. Puta, si dictum sit, quomodo refici iter debeat, & ad quam altitudinem, ne hunc modum excedat, *ead. L.* 3. *§. fieri, de itin. act. priv.* Quæ duo ex verbis interdicti accepta sunt, quibus fit potestas itineris reficiendi, sed hac lege, dum is qui agit reficiat, uti illi ius est. Tertium edicto nominatim comprehensum est, ut qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat. *d. L.* 3. *§.* [4] *ait prætor, eod. tit.* Conditio eandem æquitatem habens cum superioribus, qua fit, ut sic itinere utenti consulatur de refectione, ut id fiat sine alterius detrimento.

VI Secundum servitutis genus de quo possessoria interdicta sunt, est aquæductus. In quo duo item non interdicta, sed genera interdictorum proposita sunt, superioribus similia. Nam & hic unum genus est de usu aquæductus, alterum de refectione.

VII. De usu tria interdicta exposita proprio Titulo. *De aqua cottidiana & æstiva*. Quæ varietas interdictorum in hac specie nata est ex diversitate aquæductuum; quorum singula genera in tuendo possessore aliud atque aliud ius postulare visa sunt. Nascitur autem hæc omnis distinctio aut ex tempore aquæ ducendæ, aut ex origine aquæductus. Ex tempore, dum ita constituitur ius aquæ ducendæ, ut ea quis quotidie uti possit, si velit: interdum, ut utatur tantum æstate: unde dicta aqua quotidiana & æstiva: quæ ita distinguuntur a veteribus, ut quotidiana sit, quæ duci assidue possit, & soleat, etsi interdum ducta non sit. Æstiva, quæ aut natura sua duci non potest, nisi æstate aut æstate tantum duci locis in quæ deducitur, expedit. *L.* 1. *§.* 1. *L. de interdicto, D. de aq. cot. & æst.* Quæ ut distant inter se, ita de his interdicta sunt distincta. Origine autem aquæductus hæc distinctio est in aquæductibus, quod in quibusdam aqua ducitur ex capite, puta a flumine ipso, aut a fonte, unde aqua ducitur: in quibusdam [5] ex castello; idest ex receptaculo, quod aquam publicam suscipit, quæ ibi collecta serviat deinde civium usibus. *L.* 1. *§. ait, D. eod. tit.* De his ergo generibus sua sunt sub hoc titulo interdicta. De aqua quotidiana exstat [6] interdictum in *L.* 1. in pr. interdictum plane idem cum eo, quod est de usu itineris actusque privati, ne scilicet ei, qui aquam hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario duxit, vis fiat, quo minus ita ducat. De aqua æstiva interdictum exstat in *ead. L.* 1. *§. deinde ait.* priori simile prope per omnia, dum hic quoque cavetur, ne ei qui hanc aquam duxit nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, vis fiat, quominus utatur. Hac in re tantum dissimile, ut & Ulpianus ibidem notat, quod superius datur ei, qui hoc anno ita duxit: hoc posterius ei, qui ita duxit priore æstate. Nec immerito, inquit Ulpianus. Nam qui hieme non utitur, referre se non ad præsentem æstatem, sed ad priorem debuit. Atque hæc interdicta ita sunt de aqua quotidiana & æstiva, ut pertineant ad eos, qui a capite aquam ducunt.

4) Vid. de hoc Interdicto Menoch. *Retin. Poss. Remed,* 5. *n.* 95 *& seqq.*

5) Vid. Menoch. *d. Remed.* 6. *n.* 57. *& seq.* Olim Senatusconsulto cautum ne aquam nisi ex castello ducere liceret, ne aut rivi aut fistulæ (quæ & Silani dictæ Lil. Gyrald. *Dialog.* 18.) publicæ frequenter perfoderentur. Frontin, *Lib. de Aquaductib. ref.* Hiero. Mag. 3. *Misc.* 8. De aquæductibus publicis vid. Zach. Fridenreich. *Polit.* C. 30. *p.* 256. *& seqq.*

6) De quo Cœpolla *de Serv. Rust. Ca.* 4. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 6. qui & Q. 2. *n.* 24. etiam de servitute aquæductus personali hoc interdictum dari scribit, vid 1. §. 12, *&* §. 43. *de aq. quotid.* Andr. Khol. *Exerc. Legali* 6.

ducunt, ut Ulpianus scribit in *d. L.* 1. §. *ait*. Est igitur tertium distinctum a duobus prioribus, quod est de usu aquæ quæ ducitur ex castello; exstatque in *d. L.* 1. §. *ait*. Proponitur autem longe aliis, quam superiora. Illa enim proposita sunt iis, qui tantum duxerunt vel hoc anno, vel priore æstate, sive duxerunt imposita servitute, sive putaverunt impositam. *d. §. ait*. At de usu aquæ ex castello ducendæ non alii proponitur interdictum, quam ei cui ducere permissum est ab eo, cuius eius rei ius fuit. Merito: facile enim hæc receptacula aquæ publicæ exhauriri possunt cum publico damno civitatis, si ut quisque inde aquam duxit, continuo illi detur interdictum ad tuendam eam ductionem: ut proinde nulli hæc ductio concedi debeat, nisi ei qui ius ducendi habeat.

VIII. Alterum genus interdictorum de aquæductu pertinet ad purgationem & refectionem aquæductus. Quo in genere unum tantum est interdictum omnes superiores aquæductus eodem iure in hac re complectens, sive hic aqua quotidiana est, sive æstiva, sive ducitur a capite, sive ex castello. Id interdictum est, quod explicatur sub Titulo De rivis: extatque in *L.* 1. *eod. tit.* in hanc sententiam, ut liceat rivos, specus, septa aquæ ducendæ caussa reficere, purgare ei, qui aquam duxit hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario, dum ne aliter ducat, quam uti prius duxit. Ubi observandum est, quam distet hoc interdictum ab eo, quod est de refectione itineris actusque privati. Nam illud non proponitur nisi ei cui servitutis ius est. *L.* 3. §. *hoc autem*, *D. de itin. act. priv.* In hoc, ut apparet, non quæritur, an aquam ducere actori liceat, sed an hoc anno duxerit, nec quidquam nunc præter eum usum ducere instituat. Cur hoc tam dissimiliter, cum utrobique agatur de servitute, utrobique de refectione servitutis? Ratio redditur in [7] *L. ult. de rivis*. Non enim, inquit Venuleius, tam necessaria est refectio itinerum, quam rivorum: quando non refectis rivis omnis usus aquæ aufertur, unde evenit, ut & homines necentur siti. Neque enim aqua pervenire nisi refecto rivo potest. Non refecto autem itinere difficultas tantum eundi iniicitur, non etiam usus tollitur. Sed & hæc ipsa difficultas, inquit, temporibus æstivis fit levior. Non est additum in edicto, quo proponitur hoc interdictum, ut qui aquæductum reficere volet, damni infecti caveat, ut est additum in itineris actusque privati refectione. *L.* 3. §. *ait*, *D. de itin. act. priv.* Sed de damno quoque infecto cavere eum debere, minime, inquit Ulpianus, dubitari oportet. Quippe hic damnum idem metuitur in hac refectione. Cum autem hic beneficium tribuatur possessori, id cum alieno damno atque iniuria coniunctum esse non debet. *arg. in L. nec avus, C. de em. lib.*

IX. Tertium genus servitutum, de quo Interdicta possessoria esse diximus, est aquæ haustus. Et de hoc duo sunt interdicta itidem ut de itinere actuque privato; unum de usu, alterum de loci refectione: sed interdicta iis quæ sunt de aquæductu in aqua quæ a capite ducitur, similiora. Proponuntur & explicantur hæc sub *Tit. D. de fonte, in L. unica*. Est enim is titulus de aquæ haustu, & pecoris ad aquam appulsu, *d. L.* 1. in pr. & §. 1. Exstat interdictum de usu in [8] *d. L.* 1. in pr. In hanc sententiam, ut qui fonte, puteo, piscina, lacu ad aquam hauriendum eaque utendum usus est hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario, ne ei vis fiat; quominus deinceps ita utatur. In quo licet idem interdictum agnoscere, quod est de usu itineris actusque privati, & de usu aquæ quotidianæ in aquæductu. De refectione exstat in *ead. L.* 1. §. *deinde*, in hanc sententiam, ut qui hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario superioribus aquis ita usus est, ne vis ei fiat, quominus loca superiora purget reficiat: dum ne aliter utatur, quam prius. In quo observandum est in hac refectione de aquæ haustu nonnihil plenius interdictum proponi, quam in aquæductu; cum illic non concedatur refectio nisi ei, qui aquam ducturus sit, uti duxit quovis tempore vel modico huius anni. Hoc ideo, vel quia minus est incommodi in solo usu aquæ, quam in aquæductu: vel quia minus est incommodi domino fundi per quem aqua ducitur, aquæ usum referri ad priorem æstatem, quo tempore minus aquæ in rivo esse solet: cum in aquæ solo usu semper

7) Hinc & festis diebus rivos reficere licuit. Virgil. 1. Georg.

. . . . . . *rivos deducere nulla*
Religio vetuit. . . . .

Forcat. *Dial.* 68. *n.* 1. Feriis enim agi licere quod prætermissum noceret, Scævola respondit. Macrob. 1. *Saturn.* 16. Ioach. Perio. *Lib.* 3. *de Rom. & Græc. magistrat. pag.* 420. De hoc Interd. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 7. Confer Cuiac. 16. *Obs.* 7.

8) Sive quis prohibeatur haurire vel pecus ad aquam appellere *d. L. un.* §. 2. de die scilicet, non si nocte &c. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 6.

per & omni tempore idem sit aquæ usus. De locis superioribus ex quibus haustus aquæ utenti & reficienti his interdictis defenditur, notandum est ideo ea interdicta ad illa loca referri, quia aquam vivam habere soleant. Ex quo intellectum est competere hæc interdicta de iis locis, in quibus aqua viva sit & perpetua, qualia sunt superiora; ad cisternas non pertinere, quia cisterna non habeat aquam vivam. Sed & cessare in lacu etiam, itemque piscina & puteo, si hæc vivam aquam non habeant. *d. L.* 1. *§. hoc interdictum*, *D. de fonte*. Sed & hoc non minus ex eo potuit intelligi, quod hoc interdictum ei competit qui utitur aqua; proinde qui tanquam suo iure utitur, id est iure servitutis. *L. ult. D. quem serv. amitt. L. ult. D. de itin. act. priv.* Ut sint hæc interdicta haud dubie de usu & quasi possessione servitutis aquæ haustus. Neque vero hæc omnia interdicta alia sunt, quam velut possessoria de servitutibus. *d. L. quoties. ult. D. de servit.* Non potest autem servitus consistere in ea aqua quæ viva non est & perpetua: quoniam ita est conditio servitutum omnium, ut perpetuas caussas habere debeant. *L foramen*, *D. de serv. urb. præd.* quod & significatur in *d. L.* 1. *de fonte*. Cum ideo negatur hoc interdictum competere de cisterna, quia non habeat perpetuam caussam. Hoc enim valet, quia huic non est servitus: de cuius quasi possessione hæc sunt interdicta.

X. Quartum & postremum genus servitutis, cuius nomine eadem sunt interdicta, est cloacæ. De quo genere agitur sub *tit. de cloacis. D.* Est autem cloaca, ut ante dixi proximo capite *locus cavus per quem colluvies aliqua fluit*. *L.* 1. *§.* 1. *de cloac.* Ac si de servitute cloacæ quæritur, hæc solum consistit in cloacis privatis, quæ a nostris ædibus immittuntur & pertinent in ædes alienas, *L. ius cloacæ. D. de servit.* Ac de his etiam interdictum unum est ad id quod instituimus proprie pertinens, quod 9) exstat in *L.* 1. in pr. *de cloac.* Sunt tamen & quædam cloacæ publicæ per quas publicæ sordes fluunt. De quibus etiam per occasionem interdictum proponitur sub eodem Titulo. *d. L.* 1. *§. ult.* Ita sunt de cloacis interdicta duo, unum de privatis: alterum de publicis.

XI. De cloacis privatis dignum est observatione, ius de his in hac parte longe aliter constitutum esse, atque in superioribus servitutibus, sive usum spectes, sive refectionem. Primum de usu hoc diversum, quod de superiorum omnium usu interdicta proposita sunt. De usu autem cloacæ, quæ ex ædibus nostris porrigitur in alienas, nullum, sed tantum de refectione, non enim aliud proponitur de privatis cloacis in *d. L.* 1. & toto Titulo, *D. de cloacis*. Merito: esset enim, ut initio dixi, supervacuum: cum servitutes urbanorum prædiorum, quæ in superficie consistunt; per superficiem constantem, & quæ exposita sit omnium oculis, etiam constantem possessionem habeant, & quæ sub oculos cadat. Idque ex omnibus maxime apparet in cloaca. In qua nemo non videt, quomodo ex nostris ædibus porrigatur in alienas ac per hoc quomodo per hanc habendi consuetudinem a nobis possideatur. *d. L. servitutes quæ in superficie*, *D. de serv. urb. præd.* In re confessa nullæ sunt partes iudicantis, eoque nec ullum iudicium. *L. proinde*, *§.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Atque hoc de usu & possessione iuris habendæ cloacæ. Sed & refectio cloacarum privatarum etsi de ea interdictum est, uti & in superioribus servitutibus: longe tamen dissimili iure habetur ab eorum locorum refectione, in quibus superiores servitutes consistunt. Itineris actusque privati refectio non alii conceditur, quam ei qui & itinere hoc anno usus est, & docet sibi servitutem deberi. *L.* 3. *§. hoc autem*, *D. de itin. act. priv.* Aquæ ductus, aut fontis ad aquæ haustum, aut alium usum refectio, etsi hanc probationem non desiderat, non tamen non conceditur nisi ei, qui ea aqua hoc anno aut priore æstate usus est, nec aliter instituit ea uti, quam uti ante usus fuit. *d. L.* 1. *D. de rivis*, *L.* 1. *§. deinde*, *D. de fonte*. De cloacæ privatæ purgatione & refectione ita interdictum hic conceptum est, ut ex eo sit ius purgandæ, & reficiendæ cloacæ sine exceptione omnibus, quorum ex ædibus cloaca in vicini ædes pertinet. Ut appareat ita his dari, sive ius cloacæ in alienum immittendæ habeant, sive non habeant: atque adeo sive hoc anno usi sint nec vi nec clam nec precario ab adversario, sive aut in totum non sint usi, aut usi dicantur vel vi, vel clam, vel precario. Præsens hoc auxilium prætoris utilitas publica exegit in cloacis. Ut enim reficiantur cloacæ, & purgentur, horum utrum-

9) Vid. Cœpolla *de Serv. Urb. C.* 48. *&* *de Serv. rust.* C. 6.

utrumque inquit Ulpianus, *ad salubritatem civitatum & ad tutelam pertinet. Nam & cœlum pestilens*, inquit, *& ruinas minantur immunditiæ cloacarum, si non reficiantur. L. 1.* in princ. *D. eod.* Hæc caussa ostendit, quamobrem in reliquis servitutibus urbanis ne de refectione quidem eorum locorum, in quibus eæ servitutes consistunt, ullum interdictum sit propositum, nihil enim in his habet privata alieni loci refectio cum utilitate publica coniunctum. Quare si qua ei cui servitutis urbanæ usus impeditur, actio esse debet, ea aut de iure servitutis esse debet, nempe confessoria, aut de possessione. Possessio cum sit certa, & controversiam non habeat, nullum potest de ea esse iudicium, ut supra dixi. Ita restat sola confessoria, quæ de iure ipso servitutis urbanæ competat. Hoc tamen in refectione cloacæ cum superiorum locorum ad alias servitutes pertinentium refectione, commune est, quod & hic qui refectionem cloacæ sibi concedi petit, damni infecti, quod vitio operis datum sit, cavere iubetur. *L. 1. in pr. de cloac.*

XII. De cloacis publicis unum interdictum est, quod exstat [10] in *d. L. 1. §. penult. de cloac.* ad refectionem quidem & purgationem cloacarum & ipsum pertinens; sed refectionem & purgationem eam, non quam actor sibi concedi postulet, cum hæc cura sit publica; sed quam actor desideret ab adversario. Est enim interdictum adversus eum qui quid in cloaca publica factum, sive quid in eam immissum habet, quo usus eius deterior sit, fiat, ut id restituat. Item adversus eum qui quid immittere parat, & molitur, ne quid hic ab eo fiat, immittaturve. Cuius utriusque hæc potestas est, atque hic exitus, ut si quid contra factum erit, condemnatio fiat quanti actoris interest id factum non esse, ut diximus accidere in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio, §. ult. D. de re iud.*

XIII. Cætera quæ ad verba & sententiam explicatiorem horum interdictorum pertinent, ex suis quæque titulis petemur, ubi dilucide sunt exposita. Tantum ea summa nobis tenenda est, ad quam spectat omnis superior oratio de servitutum possessione instituta; non de rebus corporalibus solum, sed & de servitutibus possessoria interdicta constituta esse, omnia redeuntia ad hanc summam, ne vis fiat istas res possidenti, quominus ita possideat, uti possidet. Hoc esse in his discrimen. Quod in controversia de rerum corporalium possessione, puta in interdicto uti possidetis, & utrubi, is agit his interdictis, qui possidet tempore litis contestatæ. *§. sed interdicto, Institution. de interd.* In controversia de possessione servitutum agit is, qui prius usus est, id est prius quasi possedit, etiamsi cum agitur, usus non sit. *L. 1. §. 2. D. de itin. act. priv.*

XIV. Huius quasi possessionis partem esse refectionem & purgationem eorum locorum, sine quibus servitute uti non possumus. De hac ideo interdicta quoque esse comparata: sed in his hanc esse dissimilitudinem, quod de quibusdam servitutibus non conceditur hæc refectio, nisi iis quibus servitus debetur, quod fit in itinere actuque privato; *L. 3. §. hoc autem, de itin. act. priv.* de quibusdam conceditur iis qui de iure servitutis nihil docent; sic tamen, si modo ante hoc anno usi fuerint, quod fit in aquæductu, & aquæ haustu; de quibusdam conceditur simpliciter omnibus reficere volentibus, dum modo damni infecti caveant: quod ius est in cloacis.

XV. Illud ad extremum monebimus, cum hæc vis omnis maleficium sit, quo scilicet nocetur alteri, adimiturque ei ex parte sua possessio: intelligi debere omnes has actiones sic ex obligatione esse, ut sit obligatio ex maleficio. Proinde totum hoc genus inter eas obligationes, quæ ex maleficio sunt, debere referri.

CAP.

10) Quæ fuerunt magna mole & profusis sumptibus Romæ. Unde Plin. *Lib.* 36. *C.* 12. Romam pensilem & subternavigatam scribit, Duar. *de Op. no. nunc. C.* 8. Coraf. in *L. ius cloacæ* 7. *de servit. n.* 3. Zacha Fridenreich. *C.* 30. *p.* 261. *& seqq.* Imprimis autem cloaca maxima a Tarquinio structa. Adeo ut Io. Bocer. *Lib.* 1. *de Orig. urb. C.* 6. *pag.* 791. referat legi (auctorem autem non citat) Censores aliquando eius immunditates ad stercorationes agrorum 600. ducatorum millibus, vendidisse. Quæ omnem veri fidem superant.

C A P. XXXV.

De vi quæ opere facto alienam possessionem aut usum rei minuit: & de interdicto, Quod vi aut clam adversus eam vim comparato.

Transitio ad interdictum quod vi aut clam. *Eius explicandi methodus*. I.
Interdicti caussa tota in his verbis: quod vi aut clam factum est, (facere *quid in hoc interdicto*) *Eadem complectitur res quatuor*. II.
1. *Opus factum*, *& hoc unum*. *Quid sit*, *& quot modis opus factum intelligatur*. III.
2. *Solum ubi opus fiat*. *Tria in solo facta opera intelligi & quæ illa*. IV.
3. *Opus quod noceat*. V.
4. *Opus factum vi aut clam*. *Duo personarum genera vim facere*. VI.
Eum qui prohibitus contra ac prohibebatur fecit. *Quot modis quis*, *& a quo prohiberi iure possit*. VII.
Exceptio triplex, *& quæ*. VIII.
Item eum qui dolo fecit quominus prohiberetur. IX.
Illum autem qui non prohibitus fecit, *etsi prohibito successerit*, *nec vim facere*, *nec teneri interdicto*. X.
Clam fecisse dicitur qui & opus instituit celandi animo; *& fecit eo inscio*, *cuius interfuit opus non fieri*. XI.
Quatuor præstanda ei qui celasse opus videri nolit, *& quæ*. XII.
Interdictum, *etsi disiunctim propositum*, *ad id pertinere quoque nihilominus*, *in quo utraque caussa concurrat*. XIII.
Exceptio interdicto obiicitur duplex & quæ. XIV.
Vis interdicti in eo, *ut quod* vi *aut* clam *factum est restituatur*; *vel quanti interest iureiurando actoris in litem contumax reus damnetur*. XV.
Datur idem intra annum in id quod interest: post annum in id quod ex eo opere pervenit; *& pœnam illud*, *non rem persequitur*. XVI.
Item datur ei, *cuius interest*, *etiam non possidenti*. XVII.
Uni autem, *vel pluribus*, *prout vel unius interest aut plurium*. XVIII.
Opus in fundo antequam venderetur aut postea, *sed ante traditionem factum cuius intersit*, *emptorisne*, *an venditoris*, *vel utriusque*. XIX.
Interdictum hoc esse adversus eum qui fecit, *mandavit*, *iussit*, *aut ratum habuit*. XX.
Item adversus eum qui opus possidet licet invito eo factum XXI.
Et adversus hunc quoque actionem hanc esse ex maleficio, *& quare*. XXII.

I. NOn solum possidenti & re utenti vis fit corpore & manu sine ullo opere, quo ne ita possideat, de qua vi supra diximus, & ad quam reprimendam superiora interdicta comparata sunt: sed etiam, ut proposuimus, opere facto in alieno solo, aut eo, cuius possessio vel usus alienus est; quo facto obiicitur possidenti utentive idem impedimentum. Etiam adversus hanc vim sua actio est iure prodita. Id autem est interdictum, [1] *Quod vi aut clam:* sic enim & hoc est appellatum, similiter ut superiora, a primis verbis interdicti, de quo sub *tit*. *D. quod vi aut clam*. Eius summa est, ut quod vi aut clam factum erit, id restituatur. Sic autem verba sunt in *L*. 1. in princip. *D*. quod vi aut clam. *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiundi potestas est, restituas*. Brevis comprehensio verborum: sed quæ sententia multa continet, ut apparet ex scriptis veterum ad interpretationem eius interdicti pertinentibus, quæ collata sunt in eum titulum, quem dixi. Ex quibus iisdem intelligi potest, quam late pateat utilitas eius interdicti. Quo diligentius eius vis & potestas nobis cognoscenda est. Neque commodius id consequi posse videmur, quam si eosdem illos locos per quos in superioribus interdictis ivimus, in huius quoque explicatione sequamur, ut de caussa interdicti primum; tum de vi, & in hac quid interdictum det, ordine & paucis consideremus. II.

1) Quod retinendæ possessionis statuit noster, ut liquet ex dispositione illius & connexione; non recuperandæ, ut Io. Tavard. *ad Rub. C. Unde vi n.* 1. Forst. *Tract. Instit. P.* 2. *Disp.* 4. *Th.* 4.

II. Habet hoc interdictum, ut apparet, hanc caussam, si quid vi aut clam factum sit. In quo si verbum faciendi acciperemus generaliter, uti est eius eum simpliciter ponitur significatio, nihil in hac caussa amplius quaerendum esset, quam quod esset vi factum, quid clam factum. Non est enim dubia significatio verbi facere: eius eam vim esse sciunt omnes, ut omne omnino quod fit eo verbo contineatur; sive fiat opere facto, sive sine opere. Veluti eum quis it agit per fundum alienum prohibente aut ignorante domino: & sive fiat in solo, sive in re mobili, puta in navi, aut curru: nec minus sive noceat, sive prosit. *L. verbum facere, D. de verb. signif.* Sed in hoc interdicto longe aliter faciendi verbum acceptum est a veteribus, placetque eo verbo hic intelligi solum opus factum, & factum in solo, & eiusmodi quod noceat, ut mox sigillatim dicetur. Quod cum ita sit, superioris caussae summa huc redit, ut quatuor has res desideret: primum ut opus factum sit: secundo loco ut in solo: tertio ut factum noceat: postremo ut vi aut clam factum sit.

II. Primum sic interdictum acceptum est, ut pertineat solum ad opus factum. Si quid quis in alieno fecerit sine ullo opere, hoc interdicto non tenetur; Velu i si quis fimum tulerit, si iverit, egerit per fundum alienum, si in fundo alieno venatus sit, quanvis domino prohibente. *L. ult. §. si stercus, D. quod vi aut clam.* Ita non ad opera tantum, sed ad opera sola hoc interdictum pertinet. Idque ita definitur in *L. 1. §. hoc interdictum, L. si alius, 7. §. notavimus, D. eod.* Sed unde hoc sumptum, cum verbum facti generale sit, & pateat ad omnia, quae quoquo modo fiunt, idque ita fateatur ipse Ulpianus in superiore definitione *d. L. si alius, §. notavimus?* Non dubito, quin intellectum sit ex verbo restituas, quo iubetur in interdicto id quod factum est restitui. Non restituuntur, id est tolluntur, nisi ea quae facta manserunt. Non manent autem facta, nisi opera quae post factum relinquuntur. Bene igitur ex verbis sequentibus & fine interdicti, id verbum quod generis erat, ad speciem restitutioni convenientem revocatum est; idque aperte sententia interdicti postulat. Opus factum intelligitur, quidquid factum est, quod rei faciem aut naturam mutat ita, ut mutatio sub sensum cadat. Quod ex partibus huius mutationis intelligetur. Rei cuiusque facies naturave mutari solet aut inferendo immittendove aliquid in eam rem, aut de ea detrahendo, aut eam invertendo. Ac totidem modis placet opus fieri: certe placet veteribus totidem modis factum ad hoc interdictum pertinere; de quo tamen prius statuerant pertinere nisi ad opera sola. Inferendo mutatur facies rei, & fit opus; ut si quid aedificetur in solo; quod & proprie opus factum dicitur, & maxime vindicatur hoc interdicto. *L. si alius, 7. §. ait, §. bellissime, L. is qui, 15. §. interdictum, L. semper, §. hoc interdicto, D. eod.* Item si quis agrum pastinando lapides tollat, & proiiciat in praedium vicini; si terram, si fimum in vicini locum congerat. Unde & haec facta hoc interdicto tenentur. *L. semper, §. 1. §. seq. L. si alius, 7. §. si quis acervum, D. quod vi aut clam.* Inferendo mutatur potius natura rei, quam facies, si quis in puteum vicini aliquid effundat, & hoc facto aquam corrumpat. Quo facto eum quoque hoc interdicto teneri placet. Nempe tanquam opere facto; cuius corruptio & mutatio ita manet, ut cadat non quidem semper sub oculos, at saltem sub sensum gustus. *L. is qui, 11. in pr. D. eod.* Detrahendo eadem mutatio est, & fit opus, quod ad hoc interdictum pertineat; si quis, puta, aedificium demoliatur quanvis non usque ad solum, si tegulas de aedificio auferat, aut aliud quid aedificio affixum avellat, si succidat arbores, aut ramos defringat. *L. si alius, 7. §. notavimus, §. ult. & 2. seqq. D. quod vi aut clam.* Invertendo eadem & mutatio & opus est, si quis aret agrum, aut fossam faciat. *d. L. si alius, §. pen. L. nam et si ramos, §. ult. L. ult. §. 1. D. quod vi aut clam.*

IV. Non est satis ista facta esse, quae mutent faciem & priorem statum rei. Etiam locus ad caussam huius interdicti pertinet, ut fiant ista in solo. Et ad sola haec opera, quae fiunt in solo hoc interdictum pertinere dicitur. *d. L. 1. §. hoc interdictum, d. L. si alius, 7. §. notavimus, eod.* Quod eam vim habet, ut si quid in nave fiat, aut in alia qualibet re quanvis amplissima, mobili tamen, non contineatur hoc interdicto. *d. L. vi facit, §. pen. D. eod.* At rursum unde hoc sumptum contra significationem generalis verbi quod factum est? Ex eodem verbo restituas, quo id factum de quo agitur, interdictum restitui iubet. Ut enim non restituuntur nisi ea opera, quae post factum manent: ita manere & restare ad restitutionem, nisi quae in solo fiunt, ut illic persistent, non possunt. Sed diligenter videndum est, quod dica-

dicamus opus fieri in solo. Non id solum accipiendum est, quod solum ipsum tangit; sed & quod extra solum constitutum, sit tamen in re soli. Tria sunt, quæ soli esse intelliguntur: proinde & totidem, in quibus si quid factum sit, in solo factum interpretamur, & ad hoc interdictum pertinere. Ea sunt solum ipsum, tum superficies, id est res omnis quæ supra faciem soli eminens solo cohæret, ut ædificia, arbores. Postremo & locus cœli vacuus, qui solo imminet. Totidem, inquam, in rebus opera facta, in solo facta intelliguntur, placuitque hoc interdicto vindicari. Quæ fiant recta in ipso solo, notum est, nec quisquam de his dubitat, quin contineantur hoc interdicto; ut si quid ædificatum sit in alieno solo, si solum inaratum, si fossa facta. Quæ supra diximus opera esse ad hoc interdictum pertinentia. Sed non minus & ea pertinent, quæ fiunt in ædificio, aut in arboribus. Qualia sunt ea, quæ supra diximus, demoliri ædes, de ædificio avellere, quod affixum sit, arbores succidere, ramos auferre. *d. L. si alius*, 7. *§. notavimus*, §. ult. & 2. *LL.* seqq. *L. ult. §.* 1. *quod vi aut clam*. Etsi enim posuimus hoc interdictum pertinere ad sola opera, quæ fiunt in solo: tamen & hæc in solo fieri recte dicuntur, quæ fiunt in ædificiis & arboribus solo cohærentibus. Sunt enim hæc pars soli, cui ita cohærent, ut sine eo subsistere non possint: a quo & aluntur, & accipiunt ut sint. Et pars soli dicuntur in *L. qui res*, *§. aream*, *D. de sol. L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* Sed etsi nihil fiat neque in solo ipso quod cohæreat, neque adeo in re solo cohærente: si tamen proiectum aut stillicidium immittatur ædibus supra solum alienum, placet quanvis solum ipsum aut rem solo cohærentem non tangat, tamen teneri hoc interdicto, ut restituatur, quasi in solo factum. Hac ratione, quod loci cuiusque esse intelligitur non tantum solum ipsum, sed omne etiam cœlum quod supra id solum intercedit. *L. ult. §. pen. D. quod vi aut clam*, *L.* 1. *D. de ser. urb. præd.* Sed quemadmodum ad caussam huius interdicti opus in solo factum esse oportet: ita dum in solo fiat, satis est: ut sive in privato opus fiat, sive in publico, & sive in loco puro, sive in religioso & sacro; interdictum competat. *L. vi facit*, *§. ult. D. quod vi aut clam*. Facti in loco publico exemplum in *L.* 15. *qui.* 11. *§.* 1. *eod* Factorum in locis privatis exempla passim occurrunt in reliquo Titulo *Quod vi aut clam*. Sed & quod fit in privato, nihil interest, in alieno quis faciat, an in suo, dum in suo faciens alii noceat; ut si ædificet aut moliatur quid in eo loco, per quem servitus debeatur. *L.* 1. *§.* 1. *D. de remiss.*

V. Tertium est in caussa huius interdicti, ut quod opus in solo factum erit, id alii noceat. Quo opere facto melior caussa agri fit, aut non fit deterior; quanvis quis aut prohibitus vi fecerit, aut fecerit clam domino; hoc interdicto non tenetur, ut factum restituat: Veluti, si quis agrum tempestive araverit, si macrum non pinguem stercoraverit, si silvam maturam non immaturam cæciderit. *L. si alius*, 7. *§. si quis acervum*, *L. si immaturam*, *D. quod vi aut clam*.

VI. Postremum est, ut quod opus in solo factum est, vi aut clam factum sit. Quid sit vi factum, quid clam, videamus. Vi facere duo intelliguntur; qui prohibitus contra quam prohiberetur, fecit: tum qui ne prohiberetur, consecutus est dolo malo.

VII. In primis qui prohibitus [1] fecit. *L.* 1. *§. hoc interdictum*, *L. vi facit*, *D. quod vi aut clam*. In quo cuiusmodi sit prohibitio, aut a quo proficiscatur, ad parandum ex hac caussa interdictum, nihil interest. Multis modis quis prohiberi potest: vel verbis tantum prohibentis dicentis se prohibere, nullis ad eam rem vocatis testibus: vel interposita testatione, id est testibus adhibitis, qui de prohibitione quandoque testari possint: vel interposita etiam operis novi nuntiatione aut per prætorem, aut manu opposita, aut lapilli iactu, uti mos olim solemnis erat apud Romanos. Hoc dicimus, quidquid horum ad prohibitionem & denuntiationem intervenerit, quod contra factum erit, vi factum videri. *d. L.* 1. *§. hoc interdictum*, *d. L vi facit*, *quod vi aut clam*. Sed nec quidquam ad rem pertinet, quis prohibeat, dominusne an is cuius interest, an vero extraneus quivis, qui alieno nomine denuntiet. Sive servus domini, sive procurator, sive adeo mercenarius, amicus, hospes, inquilinus, colonusve prohibuerit, recte quis prohibitus videtur, & quisquis is erit, interdictum per eum domino acquiretur. *L.* 3. in pr. *L. interdictum*, *quod vi aut clam*. Nec quem moveat, quod per liberam personam actio acquiri non

1) Vid. P. Fab. ad *L.* 73. *§.* 1. *de R. I.* Vim hanc inquietativam vocant, quam a turbativa distinguunt, licet non multum differat, Menoch. *Recup. poss. in Prælud. n.* 43. Iac. Ayrer. *Hist. Proc. Iur. P.* 1. *C.* 1. *Obs.* 3. *n.* 4. & 5.

non solet. §. *ex his*, *Inst. per quas pers. L. solutum*, §. *per liberam*, *D. de pign. act.* Nam vere neque hic acquiritur. Etsi enim hic tenetur interdicto, qui ab alio prohibitus fecit: non tamen nascitur interdictum ex ea prohibitione, sed ex facto & delicto facientis. Argumento est, quod etsi non prohibitus clam fecisset, haberet dominus actionem. Ita per ipsum facientem, non per extraneam personam actio domino acquiritur. Quod regula non prohibet. Hæc Ulpianus ad istam sententiam in *d. L.* 3. in pr. *quod vi aut clam*.

VIII. Non semper tamen qui semel prohibitus fecit, vi fecisse intelligitur. Iustæ caussæ sunt tres quibus efficitur, ne videatur vi fecisse, aut certe ne illi prohibitio & denuntiatio facienti noceat, quasi vi fecerit. Prima est, si ei qui prohibitus erat facere, postea conventione permissum sit, ut faceret. Unde facienti saltem exceptio, quasi nec sit prohibitus, cui prohibitio est remissa. *L.* 3. §. *illud*. *L. vi facit*, *D. quod vi aut clam*. Quod tamen sic erit accipiendum, dum is permiserit, cui ius fuit permittendi. In privato solo præter eum qui prohibuit, permittendi ius est domino: item iis qui in rerum alienarum administratione vice dominorum sunt; ut procuratori, tutori, curatori pupilli, furiosi, adolescentis. Ita etiam ex eorum permissu exceptio, *d. L.* 3. §. *non tantum*. In publico solo si quid denuntiatum sit, ne fieret, semper quidem remittendæ prohibitionis ius habet, qui prohibuit, ut qui de privato tantum domino in ea re laboret. Præter hunc autem solus recte permittet Princeps aut is cui princeps ius concedendi dedit. Præses aut curator Reipublicæ frustra permiserit: quoniam his locorum publicorum procuratio, non concessio data est. *d. L.* 3. §. *plane eod.* Secunda caussa est remittens prohibitionem, si is qui prohibitus est, satis offerat de opere futuro, & defendere paratus sit, si quis agat. *d. L.* 3. §. *si quis paratus*. Sumptum ex edicto de operis novi nuntiatione. *L. prætor*, in pr. §. *deinde*. *D. de op. nov. nunt.* Ubi satisdatio oblata ex edicto etiam adversus nuntiationem novi operis ædificantem tuetur. Tertia caussa est, si opus aliquod instituenti opus novum nuntiatum sit: cumque post nuntiationem litigatores se commisissent prætoriæ iurisdictioni, ut sit. *L.* 1. §. *potest*. *D. de op. nov. nunt.* Ibi de more & iure constituto prætor opus facturo nuntiationem missam fecerit, quatenus prohibenti ius non sit prohibere, ne se invito fiat. Est autem nuntiationem missam facere, remissa nuntiatione & inhibitione novi operis potestatem pergendi in opere instituto facere. Hac remissione consequitur is qui opus facit, ut si iure suo facit, non cogatur id restituere ullo interdicto. Estque hæc pars edicti de operis novi nuntiatione, quæ dicitur de remissionibus. De qua in *L. unica*, *D. de remissionib.* qui Titulus ob caussam non absurde subiectus est continenter Titulo *Quod vi aut clam*. Ex hac parte edicti sumpta est exceptio de hac remissione, quæ legitur in *L. si alius*, §. *ait Iulianus*. *Quod vi aut clam*.

IX. Alterum genus personarum quæ vi facere intelliguntur, est eorum qui hoc ipsum per vim dolove malo consecuti sunt, ne prohiberentur. Periculum, puta adversario denuntiando si prohibiturus accederet, aut ianua præclusa. Hoc Paulus in *L.* 3 *vi facit*, in pr. idem in *L.* 1. §. *hoc interdictum*. *D. eod. tit.*

X. Quod si quis neque prohibitus est, quominus faceret, neque dolo fecit, quominus prohiberetur, is vi fecisse non intelligitur; quantunvis adversarius aut eo animo fuerit, ut prohiberet, neque fecerit; aut ei qui recte prohibitus erat, successerit. Propone dominum cuius in solo alius aliquod opus moliebatur, cum venisset eo animo ut prohiberet, deterritum pudore & reverentia facientis non esse ausum prohibere. Dicemus adversarium vi non fecisse. *L.* 1. §. *pen. D. quod vi aut clam*. Immo adeo ne sic quidem, etsi adversarius cum vellet & auderet prohibere, non potuerit: puta, si cum vellet venire ad prohibendum, volentem alius vi detinuerit. *d. L.* 1. §. *ult. L.* 2. *quod vi aut clam*. Quippe utroque casu verum est adversarium non esse prohibitum, nec malo more consecutum, ne prohiberetur. Finge etiam aliquem recte prohibitum, sed priusquam faceret, decessisse, aut fundum vendidisse & tradidisse emptori. Si heres aut emptor ignorans caussam præcedentem fecerit; recte placet neque prohibitum teneri, quia non fecerit; neque heredem aut emptorem, quia prohibiti non sint, nec possint teneri ex persona defuncti, aut auctoris, cum hi hoc interdicto obligati non fuerint, *d. L. vi facit*, illic, *item si heres*. *D. quod vi aut clam*.

 Atque

3) Ubi Ræv. *Pr[illegible]tribunal. C.* 21. §. *ult. periculum* exponit libellum, ut in *Rub. C. de sent. ex peric. recit.* cum fraude vel dolo quis scripturam, qua sibi denunciatur non recepit. Vereor ut ei loco apposite.

Atque hæc definitio est eius, quod vi factum est.

XI. Clam fecisse definiendus est, qui adversarium cuius controversiam metuebat, aut metuere debebat, ignorantem celavit quod facturus erat, & ita eo ignorante fecit. Recta est hæc definitio, & quæ utcunque agnosci potest ex iis quæ de hac specie tradita sunt in *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. *eod. tit.* sed quæ ut sciatur, quam vera sit, tum quid contineat, certiorem probationem & enucleatiorem postulet. Quod partibus distincte expositis intelligetur. Duas ergo res clandestinum factum desiderat, quas superior definitio ostendit; certam personam quæ celetur, & huius celationem. In persona celati duo exigimus; primum ut sit is adversarius, cuius controversiam is qui opus fecit, timuit, aut debuit timere. Hoc ita in *d. L.* 3. §. *ult. eod.* Quod si quæritur, quisnam is sit, additur *ibidem*, quod valeat ad explicationem, ut videatur quisque timuisse aut timere debuisse controversiam eius, quem existimet, aut existimare debeat, si sciret opus fieri, prohibiturum. Sed & hoc adhuc incertum. Quis est enim, quem existimare debeam id facturum? Et certe semper negare quis potest se quidquam de alio id existimasse, aut existimare debuisse. Adde igitur, quod significantius innuitur de huius adversarii persona in *L.* 5. in pr. ut adversarius quem quis timere, quem prohibiturum esse existimare debuerit, sit is ad quem pertinuit, seu cuius interfuit opus non fieri. Et recte. Si enim nemo creditur facile iactare suum, ut est in *L. cum de indebito, D. de prob* quisquis est ad quem res pertinet, is est omnino, quem credi par sit ius suum non neglecturum, cum adversus id opere facto aliquid institui intelliget. Non est tamen satis aliquem esse, ad quem res pertineat: sed & eum esse aliquem scire debet is, qui opus instituit. Alioqui non potest dici timuisse alicuius controversiam, qui an esset aliquis ad quem res pertineret, ignoravit. Notandum non exigere nos, ut qui opus facit, sciat quisnam is sit ad quem res pertinet. Si ad aliquem pertinere scivit, etiam si ignoravit, quis is esset, aut etiam alium dominum esse putavit, satis est, ut videatur clam fecisse, & domino interdictum competat. *L.* 5. §. *si quis dum, D. quod vi aut clam.* Ideo autem ad clandestinum factum talem aliquem exigimus, cuius controversiam is qui opus facit, timuit aut timere debuit, quia in eo qui clam facit, animus alium celandi requiritur, ut & significatur in *d. L.* 3. in fin. *D. eod.* quem animum constat nullum esse in eo, qui non putavit esse aliquem, cui denuntiare debuerit. Præterea in persona adversarii hoc exigimus, ut ignoraverit opus fieri. Quod si scivit, non potest videri celatus, eoque nec clam fecisse is qui eo sciente fecit. *L.* 5. §. 1. illic, *sed & Servius. L. si alius,* 7. §. *ait,* in fin. *D. quod vi aut clam.* Bene Ulpianus in *L.* 1. in fin. *D.* de act. empt. *non videtur esse celatus, qui scit: neque certiorari debuit, qui* 4 *non ignoravit.*

XII. Cum quis talis erit, qualem supra diximus, qui scilicet in ea caussa erit, ut possit celari, hoc in re exigimus, ut sit celatus, quo videatur clam eo factum esse, quod factum est. Celasse adversarium intelligitur, qui aut non denuntiavit ei se facturum quod fecit, aut ita denuntiavit, ut is non posset prius quam fieret, facienti occurrere. Non denuntiat, quod facit, qui aut omnino non denuntiat se quid facturum; aut cum aliquid denuntiasset, aliud fecit. Denuntiat autem ita, ut cui denuntiatur, non possit facienti occurrere, vel quia aperte de facto futuro non exprimit; vel quia non denuntiavit tempestive. Ita, si explicatius dicendum est, ut hac parte caveat sibi quisque, ne videatur celasse adversarium, atque hinc incidat in interdictum, quatuor eum præstare oportet, quorum unumquodque si desit, fit ex hac parte locus interdicto. Illud primum, ut ignoranti adversario denuntiet se opus quod instituit, facere cogitare. Qui non denuntiat, celat. *d. L.* 3. §. *ult. quod vi aut clam.* Quid tamen, si non sit cui denuntietur, neque dolo malo factum sit, ne sit? placet iis saltem denuntiandum, quos verisimile est adversario significaturos. Inter quos hi habentur, amici, procurator, vir fœminæ, item qui domi sunt, ut his ad domum denuntietur. *L.* 5. §. 1. illic, *etsi forte,* In publico municipii si quis velit facere, sufficiet ei, si curatori Reipublicæ denuntiet. *d. L.* 5. §. 1. in fin. Proximum est, ut qui facturus est, complectatur denuntiatione omnia, quæ ad id opus pertinent, idque certo nec ambigue, speciem operis quod facturus sit, & ubi facturus, & quo tempore; sed & in tempore certum dicet, puta & diem & horam. *d. L.* 5. §. 1.

4) Menoch. 1. *Arb. Q.* 66. *n.* 4. ubi scientiam habere tradit qui substantiam, qualitatem ac omnes circumstantias cognovit. Clandestini actus censentur habere malam fidem, Tiraq. *in Præfat. de Retr. convent. n.* 14. *&* *seqq.*

§. 1. Quæ ideo exigimus, quia ex genere operis, & loco faciendi statuere adversarius potest, utrum sit id opus, quod inhibere iure possit, an non possit, cum possit id opus esse, & is locus, ubi fit, ut instituenti ius sit facere, & contra. Tempore autem certo faciendi non cognito inutilis sit adversario denuntiatio, qui in tempore adesse non possit ad opus prohibendum, si videatur id inhibere. Tertium exigimus, ut qui denuntiat superiora, denuntiet etiam tempestive, ut sit spatii satis adversario ad occurrendum. Qui tum denuntiat adversario, cum scit eum non posse prohibere: vel tam sero denuntiat, ut abire prohibiturus prius quam fiat, non possit, non minus celasse adversarium intelligitur. *L.* 5. in pr. quia qui id facit, perinde est, quasi nec denuntiaverit, inutili scilicet denuntiatione futura. Postremo ut quis maxime certum denuntiet, & intra id tempus, intra quod possit adversarius ad prohibendum occurrere: tamen nihil agit denuntiatio, si denuntians aliud fecit, quam denuntiavit se facturum, sive ignorante & nec consentiente adversario aliud fecit, sive dolo persuasus adversarius, quasi idem opus institueretur, novo operi consenserit deceptus. *d. L.* 5. in pr. *eod.* Merito: perspicuum est enim eum qui aliud facit, quam denuntiavit, de illo alio nihil ante denuntiasse. Quæ si ita sunt, apparet quatuor esse in summa, quæ adversarium ignorantem celasse, eoque & clam fecisse intelligantur, eosdem ilos videlicet, quos initio indicavi. Primum qui non denuntiavit adversario, vel per eius absentiam iis, quibus denuntiandum esse diximus. Secundum, qui non denuntiavit quid, ubi, quando facturus esset. Tertium, qui non denuntiavit tempestive, ut posset adversarius occurrere. Postremum qui aliud fecit, quam denuntiavit Et hactenus interdicti caussa.

XII. Ex hac caussa est interdictum. Sed disiunctim propositum, de eo scilicet quod vi aut clam factum est. Quæ disiunctio significat de singulis istis caussis separatim esse propositum; ut si quid vi factum sit sit interdictum de eo quod vi factum est. Quid si quid & vi & clam fiat in eodem opere? ut si fundamenta clam iecisti, deinde cætera prohibente me fecisti: ac de toto opere interdictum postuletur? An videtur hoc interdicto recte agi posse? verba pati non videntur, neque enim de una tantum parte agere volo, sed de toto. Iam de toto si agitur, interdictum erit de eo quod vi & clam factum est. Cui coniunctioni contraria est interdicti disiunctio. Hæc enim alterum membrum tantum postulat: illa utrumque. *L. si quis ita*, 129. *D. de verb. obl.* Sed placet etsi vi & clam factum sit, interdictum illa ipsa disiunctione sufficere. *L. is qui*, 11. §. *interdictum, quod vi aut clam*. Et recte. Nam etsi disiunctiva oratio utramque partem disiunctionis non exigit: si tamen utraque exsistat, maxime satisfit orationi ex loquentis sententia. Ut si quid legetur, si navis venerit ex Asia, aut Titius consul factus fuerit: etsi alterum exsistere sufficit, si tamen & navis venerit ex Asia, & Titius consul factus fuerit: legatum maxime debetur ex sententia testatoris, cum pro unius conditionis eventu quo testator contentus erat, utraque exstiterit. Atque hæc ita sunt, etsi utraque conditio disiunctim posita in eamdem rem concurrat, ut in superiore legato. Nunc autem in proposito opere, quod partim clam fit, partim vi, res ipsa facit, ut etiam secundum verba recte dicatur de eo agi quod vi aut clam factum est, non simul quod vi & clam, habita ratione earum partium, quarum nomine agitur. Nunquam enim in alterutram partem concurrit simul utrumque, ut dicatur in ea & vi factum opus esse, & clam: sed de singulis vere dicetur, illam clam tantum factum esse, hanc vi tantum.

XIV. Est ergo in summa hoc interdictum de opere, & quod vi tantum, & quod clam tantum, & quod universum simul vi & clam factum est. Sed an semper? Et interdicti verba nihil excipiunt. Placuit tamen ex iusta caussa exceptione defendi eum, qui vi aut clam fecerit. In quo duæ exceptiones receptæ sunt. Una, si actor prius quid vi aut clam fecit in eo opere, de quo agitur. Ut si quis ædificaverit vi aut clam, ego demolitus fuero vi aut clam; si ad ianuam meam tabulas fixerit, ego eas prius quam ei renuntiarem, refixero: si ille utatur adversus me interdicto, placet mihi exceptionem profuturam, quod ipse prius vi aut clam posuerit, quod ego postea sustuli. *L. si alias*, 7. §. *bellissime*, *L ult.* §. 5 *si ad ianuam*, *D. quod vi aut clam*. Sed hoc ita recipitur

5) Ubi quod habetur de tabulis ianuæ adfixis accipit Ræv. *Protribunal.* C. 3. de eo qui clam, id est sine solita denunciatione & testatione edictum ad adversarii ædes tanquam latitantis proposuit, qui & falsi tenetur *L.* 25. *ad L. Corn. de fals.* Aliter Duar. 2, *Disp.* 40. Cuiac. 16. *Obs.* 12.

pitur in *d. L. si alius*, [6] §. *bellissime*, dum ego quod ab alio positum erat, ex magna, & satis necessaria caussa sustulero. Magna & necessaria caussa est id auferendi, si puta, necesse fuit in ædes ingredi familiæ, aut necessariarum rerum ibi inclusarum liberandarum caussa, & non potui aliter pervenire ad ædes, aut in eas ingredi, quam sublato impedimento, quo præcludebatur aditus. Cæterum si nulla necessitas præsens urgeat quod positum erat, deponendi: dicemus id quod est in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* eum qui vi aut clam fecit, adversus vim, vel quod clam factum est, nulla iusta exceptione se tueri posse. Altera exceptio est, si quis incendii oborti a suis ædibus arcendi caussa vicini ædes interciderit, & quod vi aut clam cum eo agatur. Nam & hæc iusta & necessaria caussa est; ex qua nullum est interdictum, nulla actio adversus eum qui intercidit; si modo incendium ad eas usque ædes pervenit, quæ sunt intercisæ. Sic enim fit, ut nulla iniuria nullum damnum dari videatur æque perituris ædibus. Quod si non pervenit, hactenus eum qui intercidit, ob iustum metum excusari placet, ut tamen adversus eum simpli fiat æstimatio. Hæc in *d. L. si alius*, 7. § *est & alia*, *D. quod vi aut clam*. Atqui etiam tum cum non pervenit incendium ad ædes intercisas, alibi traditur eum qui intercidit non teneri lege Aquilia; qua iusto metu ductus ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes interciderit. *L. si quis fumo*, [7] §. 1. *D. ad leg. Aquil.* Non sunt hæc contraria. Ad istius simpli æstimationem, quod dicimus, agitur hoc casu hoc interdicto. Non agitur lege Aquilia, quia in ea ultra simplum damnum æstimatur & primo & tertio capite. §. *his autem*, §. *illud palam*, *Institution. de leg. Aquil.* Quæsitum est, an hæc etiam admittenda sit exceptio, si is qui vi aut clam fecit, & quicum hoc interdicto agitur, dicat se iure fecisse: puta iure ædificasse ut in solo suo: iure in suo agro arborem sustulisse; iure refecisse locum, per quem sibi iter debebatur. Et placet nullam eiusmodi exceptionem recipiendam: & generaliter teneri hoc interdicto omnem, qui vi aut clam fecit, sive ius habuerit faciendi, sive non habuerit. Nam si habuit; tueri ius suum debuisse iure proditis actionibus, non iniuriam comminisci. *L.* 1. in princ. §. *D. quod vi aut clam*.

XV. Constituta actione ex caussa huius interdicti, vis & potestas sequitur. In qua ut in superioribus interdictis & de re quæritur, cuius obtinendæ caussa interdictum comparatum est, & de personis inter quas agitur, ut sciatur, cui detur, & adversus quem. Res cuius obtinendæ caussa agitur, ea est, quæ comprehensa est interdicto, ut quod vi aut clam factum est, restituatur. Id autem valet restituendi verbum, ut in omni caussa eadem conditio sit actoris, quæ futura esset, si id opus de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset. Quod nisi fit, nempe hic est actionis exitus, atque adeo vi ipsa in hoc actio competit, ut lis æstimetur, quanti actoris interest opus factum non esse: id est quidquid ex eo opere damni fuerit, & id farciatur. Hoc in *L. semper*, 15. §. *hoc interdicto*, *L. is qui* 11. §. *quod ait*, *D. quod vi aut clam*. In quo sic æstimatur id quod interest, ut placeat interdum æstimari iureiurando actoris in litem. Id autem fieri ex regula communi in iudiciis ad restituendum constitutis observata, ut tum iuretur, cum reus contumax non restituit, quod potest; aut dolo malo fecit, quominus posset restituere. *d. L. semper*, §. *hoc interdicto*, in fin. & §. *pen. eod. tit* *L.* 2. §. 1. *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* Quod si culpa tantum non restituentis puniatur, æstimatur solum, quod vere agentis interest. *d. L.* 2. §. 1. *l.* *L. in actionibus*, *de in lit. iur.* Interdum ad patientiam solum tollendi operis hoc interdictum datur. Quod fit, cum agitur cum eo possessore operis, quo invito opus factum est. De quo postea.

XVI. Sed sciendum est ad quantiatem eius quod interest non dari hoc interdictum nisi intra annum dumtaxat. [8] Post annum dari solum ad id, quod ex eo opere ad aliquem pervenit. In quo placet annum cedere incipere, ex quo opus factum perfectum est, aut fieri desiit, licet perfectum non sit. *L. semper*, §. *hoc interdictum*, *D. quod vi aut clam*. Hinc nata sunt verba illa interdicti *cum experiun-*

6) Nec Tribonianus de suo adiecit vers ult. *quod non aliter &c. in d. L.* 7. §. 3. ceu putat A. Fab. 12. *Coniect.* 17. quia Tribonianus soleat ad officium iudicis referre, etiam ubi illi locus nullus, ut in interdictis, quæ apud Prætorem ipsum exercebantur, iudicibus non datis. Resp. Esto. At nonne infinitis pene locis iuris nostri iudex usurpatur, qui iurisdictione præditus, vid. *not. Lib.* 17. C. 21. Quod nec ipse Faber ad *L.* 32. *pr. de Adopt.* & alibi diffitetur. En igitur quo Tribonianus carpendi libido abripiat.

7) Vid. Gail. 2. *Obs.* 22. & omnino Lubler. *Tr. de Incend.* C. 5. *n.* 116 *& seqq.*

8) Concurrit &, si possid. actor, Interdictum uti possidetis, per *L.* 11. *de vi arm.* Et hoc pro molestia, quæ semper instat, etiam post annum ab opere facto, datur ad id ut destruatur exstructum, Gomez. ad *L. Tauri* 46. *n.* 20.

riundi potestas est, restituas. Est enim hæc sententia restituas, si mndo adhuc actori hoc interdicto experiundi potestas est. *Cum* pro *si*, ut scimus hanc vim promiscuam esse horum verborum in conditionibus exprimendis. *L. si Titio, D. quand. di. leg. ced. L. quodcumque, §. pen. D. de verb. obl.* Addita hæc conditio videlicet, qnia non perpetno hoc interdicto experiundi potestas est. Non est enim post annum in id quod actoris interest, etiam si semel ab initio competere cœperit. Nec quisquam miretur huius anni mentionem nullam fieri in interdicto superiore. Ut enim actionem ipsam prætor, seu interdictum pollicebatur se daturum generali edicto de his rebus proposito: sic & tempus intra quod dabatur ea sive actio sive interdictum, adiiciebatur ab eo in eodem edicto verbis generalibus, non autem in interdicto: ut factum videmus circa interdictum unde vi in *L. 1.* in pr. *D. de vi. & uti possidetis, in L. 1.* in pr. *D. uti poss.* Quod autem hoc interdictum datur tantum intra annum, indicat id pœnam, non rei persecutionem continere, alioqui perpetuum futurum. *L. in honorariis, D. de obl. & act.* Et recte sic interdictum acceptum est. Cum dixerimus supra hoc interdictum dari etiam ei qui ius prohibendi nullum habeat, adversus eum qui ius habuerit faciendi. *L. 1.* in princip. & *§. r. quod vi aut clam.* Quod sane cum fit, actori proprie nihil abest ex patrimonio; quod tamen quasi abesset, reus pœnæ caussa farcire cogitur. Et in omni huiusmodi restitutione, qua quis cogitur opus sive iure sive iniuria factum restituere, pœnam versari diserte scriptum est in *L. pen. D. de op. nov. nunt.*

XVII. De personis, inter quas ex hac caussa constituta obligatio est, atque hinc interdictum, sic ius est. Competit hoc interdictum ei, cuius interest opus factum non esse. *L. is qui, §. si fundus. L. denique, §. si ex sociis. D. quod vi aut clam.* Nihil hic adiicitur. Proinde utrum is cuius interest, locum possideat, in quo opus factum est, an non possideat, nihil refert. Sane ei qui possidebit, maxime interdictum dabitur, si eius interest: cum hic opere facto impediatur possessione sua libere uti. In quo vis sit possidenti, quo minus ita possideat, uti possidet. Estque id cum superioribus interdictis commune. Sed usus interdicti longe patet latius. Competit enim interdictum omnibus, quorum interest, etiam si non possideant. *L. competit*, in pr. *D. quod vi aut clam*. Exemplo sunt in locis privatis colonus & fructuarius. Quorum neutrum possidere constat. *§. possidere, Institution. de interd. §. idem placet, Inst. per quas pers. nob. acq.* Utrumque tamen ob opus in loco conducto aut fructuario factum fructuum nomine ad hoc interdictum admitti placet. *L. is qui, §. Aristo*, illic, *nam & colonus. L. quanquam, D. quod vi aut clam.* Quid mirum? cum & si quid operis factum sit in loco publico aut religioso, placeat etiam eo nomine interdictum dari omnibus quorum interest?* quæ tamen loca plusquam notum est a nullo teneri, nedum possideri possint. *L. is qui, §. 1. §. 2. L. semper, §. si in sepulcro, D. quod vi aut clam.* Quod si ei qui non possidet, etiam ab initio hoc interdictum acquiritur, si eius interest: multo magis cum possidenti quæsitum fuerit, etiam alienato fundo retinebitur. *L. is qui, §. si postea. D. quod vi aut clam.*

XVIII. Atque ut uni datur hoc interdictum, si solius eius interest: ita si plures erunt, quorum intersit, iisdem verbis efficitur, ut competat omnibus. Finge in loco conducto cuius ususfructus alienus est, opus factum esse, quod non esse factum coloni, fructuarii & domini intersit. His omnibus interdictum dabitur, scilicet colono & fructuario fructuum nomine: domino nomine eius damni, quod corpori ipsi & proprietati datum est. *d. L. is qui, §. ult. L. quamquam. L. denique*, in pr. *D. quod vi aut clam.* Eum cuius interest accipere debemus, eum cui opere facto detrahitur quid de suo, aut de eo quod recta & per se habiturus esset, si opus factum non esset. Itaque non dominorum solum interest, quibus ab opere facto aliquid detrahitur in re sua, non possessoris tantum, cui detrahitur in re possessa: sed & omnis cui voluntate domini potestas fuit aliquid ex alieno sumendi, si id ei opere facto aufertur. Quo in numero est colonus, cui propter opus factum non licet eos fructus capere ex fundo, quos iure locationis percepturus erat. Unde & ei interdictum hoc competere diximus. Itaque etiam ei competere placet, cui dominus ex fundo suo concessit arbores cædere, si eas deinde alius vi aut clam ceciderit. *L. denique, §. si ex sociis, D. quod vi aut clam.*

XIX. Hinc iudicari potest, si forte opus factum sit in fundo vendito, utri interdictum hoc competat, venditorine, an emptori? Ei competere constat, cuius interest. Sed hoc quæritur in proposito, utrius

utrius horum intersit. Et convenienter superiori definitioni responsum est a veteribus in hanc distinctionem, ut si ante venditionem opus factum sit, aut etiam vendito fundo ante, quam traderetur: venditorem habere interdictum; post venditionem autem, & secutam traditionem interdictum emptori competere, quanvis precario tantum [9] tradita sit ei possessio. Summa est eius distinctionis, quæ explicatur pluribus in *L. is qui* §. *si postea*, §. *si fundus*, §. *Aristo*, illic *nam & statim*, *D. quod vi aut clam*. Nempe ideo, quod ante quam ulla traditio fiat, venditoris ideo interest opus non fieri, quia opere facto adimitur ei utilitas, quam ipse recta & suo iure potuit capere, nimirum dominus. Quod contra fit ubi possessio quovis modo tradita est emptori. Nam commodum aut incommodum rei venditæ eius est emptione contracta; ita cum ei tradita est possessio, potestas ei fit re suo arbitrio utendi.

XX. Competit hoc interdictum adversus duo genera personarum; adversus eum cuius opera opus vi aut clam factum est: tum adversus eum, qui factum habet, quanvis invito eo factum fuerit. Dissimiliter quidem adversus utrumque, quam ob caussam hæc genera distingui oportet. Sed tamen adversus utrumque suo modo. Quorum opera opus factum intelligitur, tres sunt, qui fecit, qui iussit, qui suo nomine factum ratum habuit. Adversus quos pariter hoc interdictum competit. Primum adversus eum qui fecit maxime. Is enim est proprie qui damnum dedit. *L. 5.* §. *hæc verba*, *D. quod vi aut clam*. Neque interest, qui fecit, utrum suo nomine fecerit, an alieno, & quidem rogatus. Et ideo sive procurator fecit nomine domini, sive tutor pupilli, sive curator furiosi aut adolescentis, sive syndicus nomine municipum: placet hoc interdicto teneri omnes, quia fecerint: nec ullam esse interdicti deprecationem ex eo, quod alieno nomine aut mandatu fecerint. *d. L. 5.* §. *hæc verba*, *L. is qui*, §. *si tutor*, *quod vi aut clam*. Facienti proximus est, qui iussit mandavitve, ut opus fieret. Quinimmo & hic fecisse intelligitur: cum nihil intersit, utrum manibus suis faciat quis, an vero per alium, ut in eo cuius iussu aliquis deiectus est, diximus. *L. 1.* §. *ait prætor*, vers. *deiecisse*, *D. de vi*. Ideo & adversus hunc hoc interdictum competit: ut adversus illum interdictum unde vi. *d. L. 5.* §. *hæc verba*, *quod vi aut clam*. Unde eveniet, ut cum plures ad opus faciendum isto modo accesserint, ut unus aliorum consilio faceret: obligentur in solidum omnes, licetque & cum singulis experiri in solidum ea lege, ut unius conventio alterum non liberet, sed tantum eius quod interest ab uno perceptio. *L. semper*, §. *si in sepulcro*, *D. eod.* Quid, si duo ita mandent, ut primus mandet secundo opus fieri, secundus huius nomine mandet tertio, sic deinde tertius faciat? facientem teneri convenit. Etiam primum teneri traditur in *L. 5.* §. *ult.* *D. eod.* At secundum istum, qui primo paruit, Mucius teneri negabat, ut *ibidem* scriptum est. Sed hæc sententia statim corrigitur de sententia Labeonis, in illis verbis. *Et eum*. Pro quibus [10] legendum est, *Sed eum*. Idque evidenter apparet ex eo, quod subiicitur, Labeonem putare longius porrigi verba interdicti, quam ad eas personas, quas supra commemoraverat Ulpianus. Et addit nos hoc iure uti. Et vero hæc ipsa sententia expressa est in specie proposita in *L. 6. seq.* Si tenetur hoc interdicto qui mandavit fieri, quasi fecisset; sequitur ut teneatur & is, qui cum eius nomine factum esset, postea ratum habuit. Nam & hoc idem diximus in interdicto unde vi, ratihabitionem etiam in delictis mandato comparari. *L. 1.* §. *quoties*. *D. de vi*. Quod & in hoc interdicto receptum est. *L. denique* §. *pen.* *quod vi aut clam*. XXI.

9) Diss. Cuiac. 2. *Obs.* 25. qui in *d. L. 7.* §. 12. negatione adiecta legit *non precario traditus* & 16. *Obs.* 29. Quod refellit Rob. 1. *Rec. Lect.* 35. (1) quia non necesse habuit Ulpianus contorta periphrasi uti *non precario*, pro *ex emptionis caussa*. (2) Correctio illa præsupponit extra caussam emptionis non posse ex alia quam precarii caussa tradi, quod falsum arguit *d.* §. 12. vers. *Ergo & si conduxit*. Obiic. sic; quod in *d.* §. 12. vers. *si tamen* quærit Ulpianus an emptori illi, cui precaria possessio tradita, detur interdictum, idque subdubitans affirmat per verbum *videamus*, quæ diffidentis est. Unde infert Cuiacius quod prius intrepide Ulpianus posuit, id eundem, sub nota diffidentiæ, non repetere, ideoque negationem inferendam, ut alia & minus dubia quæstio *in vr. d.* §. 12. decidatur. Resp. Rob. non plane insolens esse antea decisa, postea in dubium revocari. Attamen in *d.* §. 12. salva illius lectione, non ideo in dubium revocari quod prius decisum. Sed hoc disquiri in vers. *si tamen*, an ideo competat quod qualiterqualiter possideat precario tenens, id est an duo hæc coniuncta id efficiant, & quia eius interest & quia aliqualem possessionem habet, quo id deinde ad casus similes extendi possit. Sed licet hæc non improbem, magis puto *d.* vers. *si tamen* vel de alio quam emptore precario rem tenente exaudiri debere, vel si de emptore, eum intelligi qui iam sit in *possessione precario* (sic Ulpianus loquitur, non ita: si precaria possessio tradita) tempore venditionis, ea ante contractum initum a venditore aliove accepta &c.

10) Nihil mutandum, nulla correctio statuenda. Diversæ enim species, in *d.* §. 12. A mandavit B non ut opus faceret, ut in *d. L. 6.* sed ut fieri juberet nomine suo A. ubi nudum ministerium & operam præstat B. in significando voluntatem mandantis de faciendo opere, & nec ipse facit, nec mandare intelligitur.

XXI. Sed istorum omnium una caussa est, & obligatio par, ut qui ideo teneantur omnes quasi fecerint. Est alterum genus eorum, qui tenentur hoc interdicto: is scilicet, qui neque fecit, neque mandavit fieri, neque factum suo nomine ratum habuit, atque adeo quo invito factum est; sed is qui opus factum possidet, & potest restituendo operi patientiam præstare, *L. semper*, in pr. *D. quod vi aut clam*. Sed hic longe dissimiliter a superioribus. Nam illi ita tenentur, non ut patientiam præstent, sed ut impensam quoque ad restituendum præbeant, atque adeo ut omne damnum sarciant. *L. is qui*, *§. quod ait*, *L. denique*, *§. ult. D. quod vi aut clam*. Qui autem opus factum tantum possidet, ut dominus si quid invito eo aut ignorante a colono factum est, tenetur ad hoc solum ut patientiam præstet. *L. si alius*, in pr. *d. L. denique*, *§. ult. D. eod.* id est ut patiatur opus tolli, [11] sumptibus videlicet Actoris *L. nam etsi*, 14. *eod.* Nisi tamen conveniatur dominus ex facto servi, quo casu tenetur ut ex aliis maleficiis noxali actione, ut aut servum noxæ dedat, aut præstet impensam, quæ in restitutione facta fuerit. *d. L. nam etsi*, 14. *eod.*

XXII. Sed unde hoc interdictum adversus eum quo invito opus factum est? Nam adversus priores apparet actionem esse ex eorum delicto, atque hinc ut adversus obligatos actionem esse in personam. Hic quidem agi adversus eos, quos opus ab ipsis factum obliget, scriptum est in *L. semper*, *§. si in sepulcro*, *D. quod vi aut clam*. Sed & obligationem ex delicto esse satis dicit, qui dicit hanc haberi ex facto delinquentis eius, qui vi aut clam fecit; quibus verbis utitur Ulpianus in *L.* 3. in pr. *eod. tit.* At unde eadem actio etiam ad patientiam præstandam adversus eum, quo invito opus factum est? Aperte enim nihil hic deliquit, cuius neque opera, neque consilio aut voluntate factum est. Neque porro ulla alia caussa adversus eum intervenit, ex qua obligatio nasci solet; constat enim eum neque contraxisse, neque quasi contraxisse, neque quasi deliquisse, ut sunt ea quæ de postremo hoc genere dicemus postea. Dicendum est eum qui opus vi aut clam factum possidet, & conveniatur ut patientiam restituendo operi præstet, si hanc non præstat sponte, ex maleficio suo conveniri, non eo quod ante præcesserit; sed quod tunc admittatur, cum non patitur opus restitui, quod pati potest, & pati debet iniuria factum restitui. Tunc enim [12] incipit vim facere, quominus re integra utatur, qui ea adversus vim & clandestinum factum integra uti debuit. Ita fit, ut huius quoque interdicti obligatio & actio in omnibus suis partibus, & adversus omnes superiores personas recte dicatur ex maleficio esse; ac proinde inter eas obligationes, quæ ex maleficio sunt, debeat omnino referri. Illud de maleficii genere notandum, quod initio dixi, versari hic vim, quæ opere aliquo fiat possidenti, tenenti, utentive re aliqua soli, quominus utatur fruatur. Nec quem moveat, quod interdictum datur etiam de iis quæ clam fiunt. Nam & clandestino opere vis fit non minus. Sane in faciendo non est vis, cum nemo prohibeat. Sed in facto retinendo vis est ad impediendum alienæ rei usum. Unde & de eo opere quod quis in nostro fecit, placet non tantum hoc interdicto agi posse: sed etiam *Uti possidetis*, *L. de pupillo*, *§. meminisse*, in fin. *D. de op. nov. nunt.* hoc autem posterius constat adversus vim quæ fiat possidenti, comparatum esse. *L.* 1. in pr. *§. est igitur*, *D. uti poss.*

CAP.

11) Vel potius eius qui extruxit per *L.* 15. §. 8. *L.* 16. §. *ult. h. t.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 22.

12) Recte. Nec hic moror Ant. Fab. qui 58. *Err. Prag.* 2. negat teneri interdicto possessorem, qui ipse non fecit. Patientiam autem ab illo præstari putat in necessariam consequentiam interdicti, quod contra eum ipsum, qui vi aut clam fecit, qui cum possidet tenetur ad patientiam & impensam tollendi operis, cum non possidet ad impensam. Frustra vero conveniretur, ait, & condemnaretur ad impensam præstandam, si non possessor teneretur præstare patientiam tollendi, quam recusare nequit quia vi aut clam factum Prætor ratum non habet *L.* 21. § 1. *Quod met. ca.* Non igitur tenetur, ait Faber, hoc interdicto possessor operis, quia id restitutorium est *L.* 1. §. 1. *h. t.* si forte contra eum solum agere velit & impensam de suo præstare. Et patientiæ præstatio est extra caussam interdicti, atque ad executionem sententiæ contra factorem operis ex interdicto redditæ, pertinet magis quam ad ius proponendi interdicti. Prius enim est ut ille condemnetur ad restitutionem, quam ut quæratur de patientia.

C A P. XXXVI.

Genus impediendæ alienæ possessionis mistum ex utroque superiore esse, cum arbor aliena in nostrum impendet, aut radicibus intumescentibus periculum ædibus nostris minatur. Unde & specialia interdicta eo nomine prodita, de arboribus cædendis.

Cur de cædendis arboribus interdicta proposita. I. III.
Item quare distincta a duobus superioribus. II.
Duo illa, & quæ. Quid vi & potestate differant. III.
De arbore, quæ fundamentis ædium nostrarum periculum creat radicibus excrescentibus utile proditum interdictum. IV.

I. GEnus impediendæ possessionis ex superioribus duobus mistum est in iis arboribus, quæ ex alieno in nostras ædes, aut in agrum nostrum impendent, aut quæ vicinæ excrescentibus in nostrum radicibus periculum ædibus nostris minantur. Liberæ possessionis ædium nostrarum est, ut ne quid ex alieno immissum pati cogamur. At arbor ex alienis ædibus in nostras impendens acceptum ex pluviis & imbribus humorem cum reddere cogatur, necesse est eum perpetuo in nostras ædes immittat. Quo facto non tantum nocet ædibus, sed etiam nos re nostra libere uti non sinit. Quæ autem ex alieno agro impendet in nostrum, eadem de caussa, & præterea umbram faciendo nocet culturæ agri nostri, nocet frugibus. Qua ex re itidem ut superior liberam possessionem nobis non relinquit. Accedit eo, quod arboribus in nostrum ita impendentibus cœlum, quod supra ædes aut agrum nostrum est, nobis non relinquitur liberum. Quod tamen ad possessionem rei nostræ liberum esse debet. *L. 1. D. de serv. urb. præd. L. ult. §. pen. D. quod vi aut clam.*

II. Ex his facile est agnoscere in hac impendentia versari factum simile illi, quale vindicatur interdicto Uti possidetis; cui tunc locus est, cum quis nos prohibet uti possessione nostra ut volumus. *L. 3. §. 1.* & seq. *D. uti poss.* Sed tamen hoc factum ad interdictum non pertinet: quia eo tunc solum utimur, cum quis nos facto suo possessione nostra uti prohibet. Hic arbor ipsa prohibet non in hoc primum sata ut in nostrum impenderet. Potius igitur pertinere quis dixerit ad interdictum, Quod vi aut clam, cui locus est, cum opere facto ab alio nobis nocetur. Sed multo minus eo interdicto in hac specie uti possumus. Nam quæ arbor in nostrum impendet, non impendet opere a nobis facto, sed incremento naturali, quo arbor sua sponte ad eam amplitudinem excrevit. Adde quod cum primum a nobis sata aut plantata est, quo tempore in nostrum non impendebat, neque vi neque clam nobis a vicino id factum est: cum neque prohiberemus, quod nec potuimus prohibere; neque vicinus deberet metuere nostram controversiam in eo quod aperte esset iuris eius. Habet ergo hoc factum nonnihil ex utroque genere factorum superiorum: sic tamen, ut si singuli per se spectentur, sit in eo nonnihil, ac proinde ad neutrum ex superioribus interdictis existimetur pertinere.

III. Quod tamen cum ad impediendam possessionem æque spectaret, & videretur vindicandum non minus, propria [1] comparata sunt in eam rem interdicta, quæ ex eo quod persequantur appellata sunt de arboribus cædendis. Ea sunt duo, unum de arbore, quæ ex alienis ædibus impendet in meas ædes. Alterum de arbore, quæ ex alieno agro in meum impendet. Dissimili utrumque potestate, prout est damnum, quod ab his varie imminet. Quæ ex alienis ædibus impendet in nostras, hanc iubetur vicinus stirpitus adimere. Si per eum stat, quominus ita adimat, interdictum propositum est in hoc, ut

1) *L. 1. C. de Interdictis.* Datur & actio finium regondorum *L. ult. fin. reg.* sed si arbor plantata legitimo quinque pedum spatio non intermisso, quod ibi solum spectatur, sive obsit sive non noceat, sive impendeat aut inclinata sit in alienas ædes, vel fundum sive non. Hæc autem interdicta etsi ultra illud spatium L. 12. tabb. arbor posita, modo inde noceri vicino possit, Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 10. *& seqq.* Vid. & de hac materia Hieron. Mag. 4. *Misc. & Var. Lect.* 7. Coras. ad *L. 1. de serv. n.* 68. Io. Bapt. Costa *Tr. de facti scientia & ignor. Cent. 1. Distinct.* 1.

ut nobis eam arborem adimere, eamque nobis habere liceat, dum quominus ita faciamus, vis nobis fieri prohibetur. *L. 1. D. de arb. cæd.* De arbore quæ ex alieno agro in nostrum impendet, ut minus ab ea agro damni est, quam ædibus: ita & de ea mitius agitur. Non enim iubetur dominus eam succidere, & adimere totam, ut prius: sed tantum quindecim pedes a terra eam altius coercere: Quod si per eum stet, quominus ita coerceat: hic interdictum est, quo vetatur vis fieri, quominus nobis ita eam coercere, lignaque nobis habere liceat. Exstat interdictum eiusque a priore differentia in *ead. L. 1. §. ult. de arb. cæd.* Est autem coercere arborem, ramos arboris circumcidere. Effectum ideo, ne umbra arboris noceret vicino prædio, ut *ibidem* explicatur.

IV. Non minus certum damnum, & possessionis nostræ impedimentum nobis obiicitur ab ea arbore, quæ in nostras ædes non impendet, sed vicina radicibus crescentibus fundamentis domus nostræ periculum adfert. Qua in re par caussa etiam hoc postulabat, ut æque ea arbor adimeretur, atque ea quæ ex alieno nostris ædibus impendet. Deerat tamen in hanc rem interdictum, cum duo tantum superiora de arboribus in nostrum impendentibus proposita essent a prætore. Sed æquitate ita suggerente, quæ ex superioribus interdictis colligitur, Alexander Imperator ex hac caussa utile interdictum dedit in *L. 1. C. de interd.*

CAP. XXXVII.

Possessioni & detentioni veræ quædam esse similia, de quibus & ipsis ademptis denegatisve æque sint interdicta. In his interdicta adipiscendæ possessionis, & ea quæ sunt de rebus hominum commercio exemptis.

Interdicta & adversus eam vim prodita, quæ adimit, aut minuit possessionem veræ & quæsitæ similem. I.

Similis est veræ detentioni aut rerum privatarum nondum quæsita possessio, aut usus exemptarum commercio rerum. II.

Possessio nondum quæsita quatenus nostra esse videatur. De hac adipiscenda sex prodita Interdicta. III.

Quæ illa, quibus & adversus quos dentur. Breviter atque ordine explicantur singula. IV. V. VI. VII. VIII. IX.

Adversus manu prohibentem usum commercio exemptarum rerum actio iniuriarum data. X.

Item duo interdicta pro usu religiosarum rerum. At pro usu rerum publicarum singula pro singulis proposita. Ex compendio exponuntur. XI.

Adversus opus quo usus commercio exemptarum rerum impediatur, prohibitoria & restitutoria proposita pro singulis interdicta. XII.

Exceptio. XIII.

Interdicti de libero homine *cognitio unde petenda. Illius quod interest actoris qualis hic & quatenus ineunda æstimatio adversus contumacem.* XIV.

Interdictum de liberis nostris *duplex, & quale: æstimatio eius quod parentis interest, quatenus probetur adversus contumacem.* XV.

I. Sed quæcunque vis superior adhibetur ad auferendam impediendamve alienam possessionem, quæ vis superioribus interdictis vindicatur, ea si interdictum quod vi aut clam ex parte exceperis, pertinet solum ad possessionem & detentionem veram, qualis esse solet in rebus privatis, & eam quæ iam cuique sit quæsita. Et proprie nulla alia cuiquam aut adimi possessio potest, aut minui. Neque enim potest adimi ei qui non habet. Ut autem quis non habeat, una aliqua ex his duabus caussis pariter accidit, si aut de his rebus agatur, in quibus nulla sit cuiquam privata possessio vel detentio, aut res possessionem admittat, sed qui agit eam possessionem nunquam quæsierit. Sunt tamen quædam possessioni veræ, & quæ iam quæsita sit, similia: adversus quæ non minus vis fieri potest, quominus ea teneamus, quam adversus veram possessionem detentionemque rei nobis ante quæsitam. Atque hinc adversus eam vim & ademptionem non minus comparata interdicta.

II. Huic detentioni similia sunt duo: In rebus quidem privatis possessio adipi-

ſcenda, ſi quando ea iure pro noſtra habeatur; rebus autem commercio & patrimonio hominum exemptis uſus earum rerum conceſſus. In rebus privatis certum eſt conſiſtere veram cum poſſeſſionem, tum detentionem, ut quæ privato iure teneri & haberi cuique poſſint. Sed tamen nulla eſſe poteſt noſtra poſſeſſio niſi prius quæſita, eoque, ut dixi, nec nobis adimi, quæ non eſt, nec minui, aut impediri.

III. Interdum tamen hanc ipſam poſſeſſionem nondum nobis quæſitam placet quibuſdam in rebus ita nobis præſtari debere, ut quodammodo iam habeatur pro noſtra, atque hoc modo fiat, ut hoc ipſo videatur adimi, quia nobis non præſtatur. Si id fieret in rebus omnibus, quarum poſſeſſio noſtra eſſe debet, diceremus de omnibus rebus noſtris quarum poſſeſſionem nunquam adepti ſumus, pariter interdicta conſtituta eſſe, aut conſtitui debuiſſe ad eam poſſeſſionem adipiſcendam; cum æquiſſimum ſit unumquemque rem ſuam poſſidere. Nunc autem certis tantum in rebus, & certis tantum perſonis hoc tributum eſt. Unde intelligi debet, de poſſeſſione adipiſcenda ſi quæ interdicta proponuntur, non tam ideo proponi, quia poſſeſſio alicuius rei noſtra eſſe debeat; quam quod nondum quæſita talis ſit, ut propter præſtationis æquitatem iam videatur eſſe noſtra; magiſque hic de quæſita retinenda, aut amiſſa recuperanda agi intelligatur, quam de nondum quæſita iure noſtro adipiſcenda. Quibus in rebus hoc ius receptum ſit, quibus datum & adverſus quos, tum quatenus, ex iis interdictis, quæ adipiſcendæ poſſeſſionis cauſſa propoſita ſunt, intelligetur.

IV. Ea ſunt ſex. Primum quod appellatur. [1] *Quorum bonorum* a primis verbis interdicti, propoſitum de rebus hereditariis quæ ab illo detinentur, quas heres nunquam poſſedit. Propoſitum heredi non cuivis, ſed ei qui bonorum poſſeſſionem apud magiſtratum agnovit: adverſus eum, qui quid ex his bonis poſſidet pro herede prove poſſeſſore, aut dolo malo fecit, quominus poſſideret, ut id agenti reſtituat. Exſtat interdictum in *L.* 1. *D. quor. bon.* idem Titulus in C. ſumma commode comprehenſa in *§. ſequens, Inſt. de interd.*

V. Secundum eſt, quod appellatur. [2] *Quod legatorum*, ſimiliter ex initio interdicti. Propoſitum de eo quod legatorum nomine quis de re rebus hereditariis occupavit non ex voluntate eius ad quem ea res pertinet, id eſt heredis. Propoſitum heredi qui nunquam poſſedit, adverſus eum qui occupavit, ut id reſtituat: hac lege tamen, ſi heres ſatiſdedit eorum legatorum nomine, aut per eum non ſtet, quominus ſatiſdetur. Indicatur hæc ſumma interdicti, eiuſque partes in *L.* 1 in princip. & *§. quod ait*, 1. 2. & 3. *D. quod legat.* exſtat Titulus idem in *C.*

VI. Tertium [3] eſt, propoſitum iis, qui a magiſtratu in poſſeſſionem alicuius rei alienæ miſſi ſunt ad hoc, ne his vis fiat, quominus in poſſeſſione ſint. Quod proponitur in *L* 1. & explicatur deinceps *D. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſ. eſt.* Mittitur in poſſeſſionem a magiſtratu certis tantum de cauſſis. Cauſſæ comprehenſæ in *L.* 1. *D. quib. ex cau. in poſ. eat.*

VII. Quartum eſt *de* [4] *tabulis exhibendis*, propoſitum de tabulis, id eſt de omnibus ſcripturis, quas quis ad ſupremam voluntatem ſuam pertinentes reliquit, propoſitum omnibus, qui quid his tabulis ſu-

pre-

1) De quo Don. ad *Rub. C. h. t.* Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 46. Menoch. *adip. poſſ. Remed.* 1.

2) Vid. Don noſter ad *Rub* C. *quor. leg.* Peregrin. *de Fideic. Art* 47. Menoch. *adip poſſ. Remed.* 2.

3) At Menochius hoc refert inter retinendæ poſſeſſionis interdicta *retin. poſſ. Remed.* 1. Sane cum prætor & tueatur miſſos, & prohibentes venire coerceat *L.* 1. §. 1. *h. t.* apparet hoc interdictum eſſe modo adipiſcendæ modo recuperandæ poſſeſſionis vid. Val. Guil Forſt. *Tract. Iuſt. P.* 2. *Diſp.* 4. *Th. lit. E.* Et hic quoque manu militari miſſus induci poteſt *L.* 3. *pr. h. t.* ſcilicet ſi vi quis in poſſeſſionem venire volens repulſus. Sic non obſtat *L.* 1. §. 2. *Si ventr. nom. mul.* Nam *ibi* qui per dolum venit in poſſeſſionem vim nullam fecit. Igitur manu miniſtrorum non deiicitur, ſed ordinarium interdictum ſufficit. Theodorus Strauman. *antinom. LL. civil.* 42. & Pae. 7. Q. 13.

4) Etſi imperfectum ſit, aut inutile teſtamentum *L.* 2. §. 13. *h. t.* modo ſit ſignatum *L.* 6. *pr. ad L. Corn. de falſ* Don ad *h. tit. C. n.* 3. Sed etſi falſum teſtamentum dicatur *d. L* 1 §. 3. Obſtat *L. ult. h. t.* ubi per publicam quæſtionem utique intelligitur falſi crimen. Reſp. Pae. 7. Q. 14 accipit *d.* §. 3. ubi de falſo civiliter quæritur, uti poteſt *L.* 16. *L.* 23. *C. de falſ.* Sed *d. L. ult.* ubi criminali & poblico iudicio. Et Theod. Straatman. *antinom. LL. civil.* 41. Si principaliter, ait, agitur ut tabulæ exhibeantur ex interdicto, adverſarius obiiciens eas falſas eſſe, non auditur *d. L.* 1. §. 3. Secus ſi principaliter vertatur quæſtio falſi, & qui falſum ſcripſiſſe vel ſibi adſcripſiſſe arguitur, ſibi tabulas exhiberi petat. Qui non auditur *d. L. ult.* tum ne falſi crimen contegat, tum quia non exhibetur, niſi iis qui commodum ex teſtamento ſpectant *L.* 3. §. 10. *h. t.* Perpetuum vero hoc interdictum & poſt annum competit *L.* 3. §. *pen. h. t.* quia cum præparatorium ſit eius actionis, qua rem poſtea perſequi volumus, ad rei perſequutionem ſpectare intelligitur. Ergo per *L.* 35. *de O. & A.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 29. iaſſe notans Cuiac. qui ad 4. *Sent. Pauli* 7. §. 6. negantem voculam *d.* §. *pen.* inſerendo ſententiam invertit, quia Paul. *d.* §. 6. ſcribit intra annum agi. Nec igitur, arguit Cuiacius, recte diceret Ulpianus *conſtare*, cuius contrarium Paulo probatum. Reſp. Rob. Pandectarum locos illorum fragmentorum cenſuræ inſcitæ ſubiici; *Conſtare* recte dici quod non extra omne dubium poſitum. ἐμφατικῶς, loquenti ſcilicet. Quin imo nec aliud Paulum ſentire. Intra annum agi poſtquam petitum iam & conceſſum eſt interdictum, arg. *L.* 3. §. 12. *de vi arm. L.* 7. §. 5. *Com. divid.* Quod ceu inlandum & abſurdum immerito exagitat, Cuiac. 16, *Obſ.* 28. vid. & Arumæ. *Diſp. Pand.* 21. *Th.* 14.

premis adſcriptum habent; adverſus eum penes quem hæ tabulæ ſunt, aut cuius dolo factum eſt, ut deſinerent eſſe, ut eas deſideranti exhibeat. Exſtat interdictum in *L.* 1. & explicatur deinceps toto Tit. *D. de tab. exhib.* Quibus detur, apertius ſcriptum eſt in *L.* 3. *§. quod ſit*, in fin. *eod. tit.* Eodem pertinet *L. unica*, *C. eod.*

VIII. Quintum eſt *de glande legenda*, propoſitum domino, cuius ex agro in alienum glans cecidit, ne vis fiat ei, quominus eam glandem tertio quoque die inde legere, & auferre liceat: atque ita rei ſuæ poſſeſſionem nanciſci. Ubi glandis verbo [5] omnes fructus intelligere debemus. Hoc in *L. unica*, *D. de gland. leg.*

IX. Sextum huius generis interdictum eſt, quod appellatur *Salvianum*, adipiſcendæ, inquit Iuſtinianus, poſſeſſionis cauſſa comparatum, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet. Hoc illic in *§. ſequens*, in fin. *Inſt. de interd.* adde, de rebus coloni in fundum illatis. Unde dubitatio & tractatio totius *L.* 1. & 2. *D. de Salvian. interd.* Eſt autem adverſus omnes, qui eas res poſſident, aut dolo deſierunt poſſidere, etiam extraneos, ut diſerte ſcriptum eſt in *L.* 1. *§.* 1. *D. eod.* ſed utile. Verum hoc durius & præter ſignificationem verborum. Plura [6] ſcripſi de hoc loco ad *d. L.* 1. *C. de prec.*

X. In res quæ commerciis hominum exemptæ ſunt, neque poſſeſſio cadit, neque privata detentio. Ut hæ res haberi non poſſunt, cuius generis ſunt ſacræ, religioſæ, ſanctæ, publicæ, liber homo, *L.* 4. *L.* 6. in pr. *D. de contr. empt.* ſic nec poſſideri tenerive a nobis privato iure poſſunt. *L. qui univerſas*, *§.* 1. *D. de acq. poſſ.* Id etſi ita eſt, tamen in his ſuus quidam uſus nobis legibus conceſſus eſt, ad quas & illæ conſtitutione ipſa ſui deſtinatæ ſint, ut in iure & conditione earum rerum ſuo loco docuimus. Rebus ſacris ad uſus ſacros utimur: religioſis ad ſepeliendos mortuos; rebus publicis ad eas res, ad quas ſingulæ comparatæ patent omnibus: ut viis ad commeandum, flumine ad navigandum: ripis ad naves appellendas, ad onera invehenda, & inde exportanda. Liberorum hominum uſus eſt ad operas, & miniſteria præbenda. Etſi hic uſus omnis neque poſſeſſio, neque detentio dici poteſt; tamen cum ſit aliquid detentioni ſimile, & ad ius noſtrum pertineat, placet nihil iſtorum ab alio nobis adimi, aut minui debere. Quod ſi fiat, æque adverſus eam vim interdicta ſunt prodita, ut de vera poſſeſſione omni retinenda. Eaque ita ſunt, ut eſt impedimentum, quod nobis adverſus eum uſum obiicitur. Impeditur hic uſus in rebus immobilibus ſupra ſcriptis ut poſſeſſio privata, partim manu, partim opere aliquo in his rebus facto. Qui manu aut alia vi prohibetur quominus his rebus utatur, uti per leges licet, huic de omnibus in univerſum eſt actio iniuriarum adverſus eum qui prohibet, ut ſub Titulo de iniuriis diximus. *L.* 2. *§. ſi quis in mari*, *D. ne quid in loc. pub.* *L. iniuriarum*, *§. ſi quis me*, *D. de iniur.*

XI. In quibuſdam etiam interdictum propoſitum eo nomine, ut de locis religioſis duo: unum ut in locum religioſum liceat mortuum inferre ei, cui inferre ius eſt. Alterum, ut quem in locum cui mortuum inferre ius eſt, in eo loco illi ſepulcrum ſine dolo malo [7] ædificare liceat. Exſtant in *L.* 1. *D. de mort. inf.* In rebus publicis hæc: de via publica, itinereve publico, ne cui vis fiat, quominus his ire agere liceat. *L.* 2. *§. ult. D. ne quid in loc. pub.* De loco publico, quem quis recte conduxit, ne ei vis fiat, quominus eo e lege locationis frui liceat. *L.* 1. *D. de loc. pub. fruen.* De flumine, lacu, foſſa, ſtagno publico, ne cui vis fiat, quominus per hæc navigare liceat. De ripa publica, ſi quis prohibeatur per eam onerare, aut exonerare. *L. unic. Ut in flum. pub. navig. lic.* Eius vis & prohibitionis ſpecies eſt, ſi quis has res, in quas refectio cadit, ut vias itinerave publica, aut ripam fluminis, reficere prohibeatur. Niſi enim corrupta hæc reficimus, his uti ut oportet, non poſſumus. Et ut loquitur Ulpianus, niſi permittitur alicui reficere, alia ratione uſu incommodatur, qui ſine refectione nullus eſt. *L.* 1. in pr. *D. de rivis*. *L.* 1. *§. deinde*, *D. de fonte*. Ideo & in hoc genere rerum

5) *L. un. §.* 1. *h. t. L.* 236. *§.* 1. *de V. S.* Eo quod olim glandibus ante repertas fruges veſcerentur homines. Proprie autem glans eſt fructus e quercu, robore, eſculo, ilice, Plin. *Lib.* 16. *C.* 5. Gœd. ad *d. L.* 136 *§.* 1.

6) Et Menoch. *Adip. poſſ. Remed.* 3. Teſſau. *Deciſ.* 175. *& ſeq.* Fachin. 8. *Controv.* 92. *& ſeqq.* ſuſe Ant. Fab. *de Err. Prag. Decade* 58. *&* 59. *&* 61. *Err.* 1. *&* 2.

7) Sepulcra veterum non ita in cœmeteriis publicis, ſed extra urbes, vid. *ſupra Lib.* 4. *C.* 1. *N.* 14. in agris ac propriis fere fundis fuerunt, vid. Luc. Io. Scoppa *Collectan*, *C* 28. Bernardin. Realin. *Annot. C.* 10. Warem. de Erenb. *Meditam. pro fœderib. Lib.* 2. *C.* 1. *n.* 104 Interdicta autem hæc cum cauſſam quaſi proprietatis contineant *L.* 2. *§.* 2. *de Interd.* ſententia in iis lata parit exceptionem rei iudicatæ in petitorio. Nicol. Everh. a Middelb. *Conſ.* 13. *num.* 3.

rerum interdicta proposita de reficiendi potestate ad eumdem illum publicum tenendum pertinentia, quale est de itinere & via publica, quo hæc aperire, reficere liceat, dum ne ea via, idve iter deterius fiat. *L.* 1. *D. de via pub. & itin. pub. refic.* Sed & huius usus pars est efficere in rebus publicis, non tantum ut prosint, sed multo magis si absuturæ videantur, ne noceant. Unde ad hanc rem refectio, & munitio ripæ publicæ accolis concessa, ne flumen noceat, & interdictum eo nomine propositum, ne vis fiat, quominus ripam adversus vim fluminis munire liceat: his conditionibus quæ interdicto comprehensæ sunt. Exstat in *L. unica, de rip. mun.*

XII. Adversus opera autem, quæ in locis sacris, religiosis, sanctis, publicis ad usum in his rebus concessum impediendum fiunt, uti sunt opera, ita & interdicta proposita, de futuro opere, ne quid fiat, immittaturve in hæc loca: de præterito autem & eo quod iam factum est, ut restituatur. Hæc sine exceptione proposita de locis sacris & sanctis. Prius prohibitorium exstat in *L.* 1. *D. ne quid in loc. sacr.* posterius restitutorium etiam de his fuisse, ut quod in his factum est, restituatur, diserte scriptum in *L.* 2. *§. si quis nemine*, in fin. *D. ne quid in loc. publ.* De viis & itineribus publicis eadem interdicta: sed cum hac conditione, si quid fiat, factumve sit, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat. Exstat in *d. L.* 2. *§. ait*, *§. prætor, ne quid in loc. publ.* De fluminibus eadem cum hac conditione, si quid in his fiat, factumve sit, quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxit. Exstant in *L. unica*, in princip. & *§. ultim. D. ne quid in fluminib. publ.*

XIII. Unum genus publicorum locorum hic excipitur, in quo propositum est tantum interdictum de opere futuro, ne fiat; si quid autem in his ædificatum iam sit, non datur interdictum ad opus restituendum. Ea sunt loca publica; quæ in urbibus habentur, ut areæ, ambulacra, viæ publicæ. De his hoc interdictum est, ne quid in loco publico fiat, neve in eum immittatur, qua ex re quid alii damni detur, præterquam quod cui iure facere concessum est. De eo autem quod factum erit, negat nominatim prætor se interdictum daturum. Hoc in *L.* 2. in princip. *D. ne quid in loc. pub.* Id autem pertinere ad ea opera tantum, quæ fiunt in urbe, & locis huius publicis, declarat Ulpianus in *ead. L.* 2. *§. si quis nemine*. Qui diserte confirmans, quod diximus, ante denegari edicto, primum ait si quis nemine prohibente in publico ædificaverit, non esse eum cogendum tollere, scilicet privato agente cui in eam rem denegatur interdictum restitutorium: & quia, inquit, prohibitorium est interdictum, non restitutorium, deinde ut intelligeremus, de quibus locis publicis id dictum esset, rationem hanc reddit istius iuris constituti, ne urbs ruinis deformetur. Neque tamen ideo quod in his locis publicis ædificatum est, impune erit, sed ea cura pertinebit ad eos, qui operibus publicis procurant, ut æstiment, obstetne id ædificium publico usui, an non obstet. Si obstet, id depnnant; si non obstet, concedant ædificanti, sed hac lege, ut ei vectigal solarium imponant, idest id quod pro solo pendatur Reipublicæ. Sed quorsum rebus integris prohibere, ne quis quid faciat in loco publico, inve eum immittat, si postquam id factum immissumve est, de eo agere non licet, ut restituatur? Sane vero inutile esset id prohibere, si de eo quod postea factum est contra denuntiationem, non liceret agere, ut restitueretur. Sed licet. Unde Ulpianus in supra scripto loco non dicit simpliciter eum qui in publico ædificaverit, non esse cogendum tollere; sed sub conditione, si nemine prohibente ædificaverit. Quo significat & eum qui alio prohibente in publico ædificavit, cogendum esse tollere, non tantum per eos, qui opera publica procurant, per quos semper potest: sed privato agente, qui ante prohibuerat. Neque in eo secum pugnat Ulpianus, qui negat de eo opere quod factum est propositum esse interdictum restitutorium, quod & edicto expressum est. Sane enim non est interdictum ullum prohibitorium de eo opere, quia factum sit in loco publico, de quo genere locorum hic interdicta proponuntur: sed quia factum sit vi. Unde hic locus erit interdicto Quod vi aut clam. Quod de omni opere vi facto, etiam si in publico, atque adeo in sacro aut religioso factum sit, competit. *L. vi facit*, *§. ultim. D. quod vi aut clam.* Cætera ad cognitionem pleniorem horum interdictorum pertinentia ex ipsis titulis, quos notavi, petentur.

XIV. Etiam de liberis hominibus interdicta proposita sunt ad eum usum obtinendum, quem in his aut ipsorum voluntas, aut leges nostrum esse volunt. Sunt autem in hoc genere interdicta prodita partim de libero homine extraneo, partim de liberis nostris, quos in potestate habemus. De libero homine extraneo unum,

ut

ut quovis agente si quis liberum hominem dolo malo retinet, eum exhibeat. Exstat in *L.* 1. & deinceps explicatur *Tit. de lib. hom. exhib.* unde peti possunt cætera ad huius interdicti exsecutionem necessaria, sive quæritur quibus detur, sive adversus quos. Illud non explicatur adversus eum, qui forte exhibere iussus non exhibeat, quæ possit esse condemnatio. Scriptum quidem est in *L.* 3. §. *pen.* in fin. *D. eod. tit.* si reus condemnatus non exhibeat, litis æstimationem eum sufferre. At quænam ista est litis æstimatio? Nulla, ut videtur, omninoque videtur hæc actio nullum exitum habitura. Etenim si sequimur regulam iuris, non potest hic aliter lis æstimari, quam ut damnetur reus in id quod actoris interest, quia non fiat, quod debuit. Sic enim ius est in omnibus faciendi obligationibus: usque adeo, ut si actoris nihil intersit, continuo placeat nullam esse adversus reum neque actionem, ne condemnationem. *L. si quis ab alio*, in princip. & §. 1. *D. de iudic.* Atqui hoc interdicto non id agitur, ut nobis quid præstetur, sed ut alii: non ut quidquam nostrum exhibeatur, sed ut alius, idemque & liber homo; & qui non sit in nostra potestate. Denique alienæ libertatis tuendæ caussa hic agitur, non nostræ. *L.* 1. *D. eod.* Porro sententia hæc veterum rata est, ut alii quid detur, aut fiat, nostra nihil interesse. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verb. obligat.* Ita fit omnino, ut hæc actio sit inutilis, ex qua iussum iudicis impune contemnere liceat reo, ubi in eum nulla sit condemnatio. Dicendum est finem maxime interdicto esse propositum, ut hic consulatur libertati alienæ, ut exhibitio demonstrat, *d. L.* 1. *L.* 3. §. *hoc interdictum*, *D. de lib. hom. exh.* Sed pertinet nihilominus ad usum & utilitatem agentis, dum is sua interesse dicet vel propter operas, vel propter ministerium exhibiti eum hominem exhiberi, ut eo exhibito possit pro utriusque libertate & commodo eius opera vel ministerio uti. At hoc incidit in eamdem difficultatem, dicet aliquis. Nam hoc quotusquisque potest dicere? & ut dicat, quanti tandem id æstimabimus, cum id quod interest sit id quod iam ante quæsitum amisimus, aut quod non quæsitum certo lucrari potuimus? *L. si commissa*, *D. rem rat. hab. L. unica*, *C. de sentent. quæ pro eo quod int.* Et ne hic quidem haberet res exitum, si illius quod actor sua interesse dicit, probationem ab actore exigeremus. Sed laborandum non est. In actionibus ad exhibendum & ad restituendum, si reus exhibere aut restituere iussus dolo vel contumacia iudici non paret, æstimatur lis adversus eum, quanti actor in litem iuraverit: id est quanti is quidem sua interesse dicat: non tamen ut probare id debeat, sed iuranti quanti sua interesse putet, fides habeatur, vel longe ultra veram æstimationem. *L.* 1. *L.* 2. *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.*

XV. De liberis nostris, quos in potestate habemus, qui ab alio retinentur, duo sunt interdicta: Unum de his exhibendis, quod exstat in *L.* 1. in pr. *D. de lib. exh.* hac in re dissimile a superiori, quod hic non spectatur, qua ex caussa sit apud detentorem is qui exhiberi debet, dolone & nulla de caussa, an vero aliqua, ut in superiore, sed omnimodo exhiberi & restitui iubetur, si in potestate est, *d. L.* 1. §. 1. Alterum de liberis exhibitis, pro potestate nostra domum ducendis, adversus eum, qui quominus ducere liceat, vim facit. Exstat & explicatur in *L.* 3. *eod. tit.* In quibus si quæritur, liberos nostros non exhibente per contumaciam reo, aut non patiente a nobis duci, in quantam summam lis adversus eum æstimari debeat: respondebimus idem quod supra, æstimari quidem & condemnationem fieri in id quod parens sua interesse dicet; non tamen quod probare debeat, sed cuius quantitas iureiurando eius in litem committatur, quia & hic actio sit partim ad exhibendos, partim ad restituendos qui retinentur. Nam & restituendi verbo in hac re utitur Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* In his autem actionibus in litem iurari diximus, *d. L.* 2. *L. in actionibus*, *de in lit. iur.*

CAP.

C A P. XXXVIII.

Omnia interdicta duobus exceptis ex maleficio esse. Ideo ad subtractionem alieni, de qua agitur, pertinere. Eorum brevis comprehensio & summa.

Interdicta omnia præter illud de precario, & de migrando, *esse ex maleficio*, & *ad alieni subtractionem revocari*. I. II. V.

Ideo ex maleficio esse interdicta de rebus commercio exemptis. III. *Item interdicta de rebus privatis, generibus eorum singulis*, & *summa rerum posita ostenditur*. IV.

I. AC præter ea interdicta, quæ hucusque commemoravimus cum de possessione, tum de quasi possessione rerum privatarum corporalium atque incorporalium, tum de usu quem leges nobis concedunt in rebus commercio exemptis, nulla alia fere interdicta legimus prodita, præter Interdictum de precario, & de migrando. Certe in eo argumento, quod est de interdictis in Pandectis non alia legimus. Quod si ita est: prope est, ut & numerus interdictorum, & singulorum vis ac potestas sit cognita. Illud certe constat omnia esse ex maleficio; ut horum caussa non alio, quam ad hoc genus maleficii quod tractamus, debuerit referri. De quo ut iam certius & utilius possit statui, complectar paucis omnium summam, ex qua non solum hanc caussam quam dico; sed etiam species ipsas, & vim atque usum, liceat eadem opera propius ac velut uno aspectu semel intueri. Iam primum omnia interdicta sunt de possessione, vel quasi possessione, ut est in princ. *de interd. Institution.* aut quod his simile est, de rerum commerciis exemptarum usu. Non tamen de his quovis modo, sed de his, cum adempta sunt, aut imminuta. Quæ si ademptio alienæ possessionis aut ulus maleficium est; nisi rei gestæ origo ex contractu sit, necesse est in quibus hæc ademptio agatur, ea esse ex maleficio.

II. Ex contractu & negotio gesto originem habent interdictum de precario, & de migrando. Nam in precario, quod consensu duorum constat, negotium geritur simile commodato, ut traditur in *L.* 1. *D. de prec.* Unde etiam precarii recuperandi caussa dicitur competere præter Interdictum actio; præscriptis verbis. *L.* 2. *D. de prec.* Non est autem hæc actio nisi ex contractu & negotio gesto. *L.* 2. *L.* 3. *L. solent*, *D. de præscr. verb.* Interdictum de migrando ex eadem caussa est. Propositum est enim inquilino, qui soluta pensione vult migrare, & id agit, ut ex habitatione res a se inductas, importatas, ibi natas, factasve sibi adducere liceat. [1] *L.* 1. in princip. *D. de migr.* Atqui hæc præstatio ex obligatione est locati & conducti, competitque inquilino actio [2] ex conducto eo nomine. *L. sed addes*, §. *si inquilinus*, 1. & 2. *D. loc.* Hæc ergo interdicta ex contractu sunt; quia inde descendunt; etiam si postea in his delictum versetur. *L. ex contractu*, *D. de obligat.* & *action.* Cætera ex maleficio: quia omnia ex superiore ademptione sola. Quod ex divisione subiecta intelligetur.

III. Omnia interdicta aut proposita sunt de rebus hominum commercio exemptis, aut de rebus privati iuris. In rebus commercio exemptis de ipsis rebus non competunt interdicta: sed nec possunt: cum res ad ius privati cuiusquam non pertineant, utpote iure privato exemptæ. *L.* 6. *L. si in emptione*, §. 1. *D. de contr. empt.* Sed in his interdicta sunt de usu privatorum, prout cuique in his hunc usum leges concedunt, adversus eum qui quovis facto eum usum alii adimat. Itaque sunt hæc sine dubio ex ademptione alie-

1) De quo A. Fab. 58. *Err. Prag.* 3. 61. *Err. Pr.* 3. Qui simile hoc Interdictum putat interdicto Salviano, & conicit ex ordine titulorum similibus verbis hæc concepta fuisse, quod ut Salvianum de rebus coloni illatis in prædium rusticum, ita hoc de rebus inquilini in urbanum. Atqui interdictum de migrando prospicitur principaliter inquilino, non locatori, contra in Salviano. De tempore migrationis olim solemni Cal. Iulus vid. A. Aug. 4. *Emend.* 14. confer Timæ. Fab. 1. *Annot.* 23. qui emendat *L.* 1. §. 4. *h. t.*

2) Et extra ordinem subvenitur. Vnde infrequens hoc Interdictum *L.* 1. §. 2. *h. t.* id est rarum eius exercitium, non, ut Accurs. *exponit* valde frequens. Nam ubi extra ordinem quid vindicatur, & plenius est & citioris expeditorisque auxilii. Henr. a Suerin. *Rep. lect.* C. 28.

alieni usus. Ea ademptio 3 maleficium est ex definitione. Species quidem ipsæ interdictorum ex generibus illarum rerum distinctæ: sic tamen, ut omnia in summa referantur ad eum usum obtinendum quem dixi, adversus vim alienam. Genera rerum hæc sunt: res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ, liber homo. Et de singulis interdicta sunt, quæ supra notavimus. Omnia adversus eam vim atque ademptionem, quam dixi, proinde ex maleficio omnia.

IV. Interdicta de rebus privatis omnibus præter illa superiora duo in eadem caussa esse reperientur. Sunt enim omnia de possessione, aut quasi possessione rerum privatarum, adversus eos, qui eam possessionem quæ nostra est, aut pro nostra habetur, nobis in totum adimunt, aut minuunt. Quod genera interdictorum de hoc genere rerum prodita declarabunt. Cum de possessione rerum privatarum obtinenda quæritur, hæc divisio interdictorum traditur, ut sint quædam adipiscendæ possessionis, quam nunquam habuimus; aut recuperandæ quam prius quæsitam amisimus; aut retinendæ, quam quæsitam etiam nunc tenemus, cuius tamen patimur controversiam. Exstat divisio in *L. 2. §. ultim. D. de interd. §. sequens, Institut. eod.* Adipiscendæ possessionis interdicta sunt de iis rebus privatis, quarum possessionem detentionemve quanvis nondum antea nobis quæsitam, sic ius nostram esse vult, quasi iam nobis quæsita esset. Argumento esse diximus, quod non sunt nobis interdicta proposita de omni re nostra, cuius tamen constet possessionem nostram iure esse debuisse, sed certis tantum quæ hanc æquitatem prællationis præter cæteras exigere videbantur. Sunt autem in hoc genere illa interdicta sex, quæ ante dixi, quæ & ipsa istas res, & simul in his rationem exigendæ possessionis indicant: Quorum bonorum, Quod legatorum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, De tabulis exhibendis, De glande legenda, Salvianum interdictum. Ergo & in his sua quædam possessionis ademptio est, dum scilicet possessio nondum quæsita, quam nostram esse placet, hoc ipso nobis videtur adimi, quod non præstatur. Unde licet observare in plerisque ex his iubere rem restitui actori, quasi scilicet prius ab eo esset profecta, ut interdictis Quorum bonorum, & Quod legatorum. *L. 1. D. quor. bon. L. 1.* in princip. *D. quod leg.* Interdictum recuperandæ possessionis unum est. Unde vi, proditum in rebus soli adversus eos qui vi alium de prædio deiecerunt, quod de ablata in totum possessione esse manifestum est. Interdicta retinendæ possessionis hæc esse diximus: in rebus quidem corporalibus duo, Uti possidetis in rebus soli, & Utrubi in rebus mobilibus. In rebus autem incorporalibus de his servitutibus; de itinere actuque privato, & via privata; de aquæductu; de aquæ haustu; de cloacis. Et hæc quidem interdicta potissimum adversus eos, qui possessione nostra nos uti prohibent manu. Quæ si impeditur opere aliquo; si quidem facto opere, hic locum habet interdictum Quod vi aut clam; etsi huic etiam locus est de iis operibus, quæ fiunt in loco sacro, aut religioso, aut publico. *L. vi facit, §. ult. quod vi aut clam.* sin opere naturali, ut accidit in arboribus quæ ex vicino prædio impendent in ædes nostras, vel in agrum nostrum, vel quæ succrescentibus radicibus fundamentis domus nostræ periculum adferunt: hic specialia sunt interdicta de arboribus cædendis. Atque in his de adempta ex parte possessione agi perspicuum est, cum sint comparata adversus eos, qui nos quovis facto possessione nostra libere uti prohibent, quo adversus eos possessionem integram & liberam retineamus. Sunt ergo ut proposui, omnia ex possessionis ademptione, quæ fiat in totum aut ex parte. Hæc autem, ut dixi, ademptio maleficium est.

V. Ex quo efficitur id quod volumus, esse omnia interdicta superiora ex maleficio. Proinde & ad hoc genus pertinere, in quo versatur alieni subtractio, ut si huius generis partes quam brevissime complecti velimus recte dicturi simus alieni subtractionem his generibus constare, furto, rapina, alienæ possessionis, ususve ademptione. In quo genere tertio consistunt interdicta.

3) Atque ita actio in personam, Cuiac. 5. *Obs.* 17. Don. *noster ad Rub. C. de Interd. n.* 9. Ant. Fab. 58 *Err. Prag.* 1. *in fin.* Niell. *Disp. feud.* 9. *Th* 3. Nec possessio earum caussa, sed obligatio. Nam interdicta retinendæ possessionis plerumque contra non possidentem & Interdictum Vnde vi possessorem non sequitur *L. 7. de vi arm.* Quin Interdictis adipiscendæ possessio certe caussam dare non potest, utpote quam antea, qui id intentat, non habuit. Licet in rem concepta sint *L. 1. §. pen. de Interd.* id est in rem scripta, sine designatione personæ ad quam dirigantur, sicuti & actio Quod metus caussa *L. 9. §. ult. Quod met. ca.* Don. *ad Rub. C. de Interd. n.* 9. Diss. Wes. *in Par. de Interd. n.* 7. Vult. 1. *Disp.* 14. *& ad Tit. I. de Interd. n.* 45. cuius argum. diluit Niell. *d. lo.* Aliter diss. Bodin. *Distrib. iur. univ. pag.* 44. volens esse actiones mistas, quæ rem afficiant & personam. Sane actiones sunt interdicta, licet formula a reliquis distent, Don. *ad d. Rub. n.* 4. Cuiac. 5. *Obs.* 17. Anton. Usill *in §. 1. I. de act. n.* 54. diss. videtur Rev. ad *L. 15. de R. I.*

CAP. XXXIX.

De malitiosa aliorum in fraudem inductione. Ac primum De his quæ metu gesta, extortave sunt.

Dolosa rerum alienarum ad nos translatio improba, & furto, atque rapina capitalior. I.

Ea aut illato metu, aut concussione, vel dolo perficitur. II.

De his quæ gesta sunt metus causa quod prætoris edictum. Duabus hoc partibus constat. Et quæ edicti causa. III.

In hac id quod gestum, & gerendi modum spectari. Gestum quam late pateat. IV.

Cur rei metu gestæ adiecta a prætore conditio, si quid ex ea illi aberit qui metum passus est. V.

Gerendi modus qualis. Quinque in eo esse ad hoc edictum necessaria. VI.

1. *Metum. Hic quid sit, & quid a periculo differat.* VII.

2. *Metum iustum. Quid sit. Talis ex metu mortis, cruciatus, servitutis, deportationis, stupri æstimatur.* VIII. IX.

An & ex infamiæ timore. X.

3. *Metum illatum ab alio. Metus illatus ex inferendi periculi voluntate, & facultate æstimatur.* XI.

Voluntas inferendi qualis. XII.

Item quomodo necessaria facultas. XIII.

4. *Metum iniuste illatum. Secus si inferatur a Magistratu; aut a privato, sed iure licito & suo.* XIV.

5. *Gestum ex præcedente metu.* XV.

Interpretatio L. ex ea 1. D. de condict. ob turp. caus. XVI.

Extorta vi ad metum pertinere, & ad huius edicti restitutionem. De veteri eius inscriptione. XVII.

Quod invito vel ignoranti vi adimitur interdictis superioribus vindicatur: quod ab aliquo vi compulso gestum hoc interdicto coercetur. XVIII.

Auxilium edicti huius, restitutio in integrum, & actio quod metus caussa. XIX

Data metum passo restitutio qualis, & quotuplex. XX.

Restituta actio quid cum verbis, tum re, atque effectu differat ab actione veteri amissa. XXI. XXII.

Actio quod metus caussa *huius edicti propria. Una hæc, & in personam; eaque ex maleficio.* XXIII.

Iuris sui persecutionem exerit cum in re, tum in personis. XXIV.

In re, *ut omne quod ex alienatione, liberatione, promissione metum passo abest, illi restituatur iudicis arbitrio.* XXV.

Quid sit in restitutione ex ea triplici amissionis ex metu caussa; & quale hic adversus contumacem iudicis arbitrium. XXVI. XXVII. XXVIII. XXIX.

In personis *iuris persecutio talis: ut cui per metum abest aliquid, actio detur adversus eum qui metum intulit.* XXX.

Item adversus eos, ad quos aliquid vel rei, vel lucri ex illato metu pervenit, & quidem iisdem conditionibus; & quare. XXXI.

Contrariis occurritur. XXXII.

Differt in obligatione restituendi rem metu extortam ille qui metum intulit a bonæ fidei possessore. Differentia duplex, & qualis. XXXIII.

Contraria diluuntur. Exponitur L. 3. Cod. de his quæ vi, met. caus. gest. sunt. XXXIV.

An heredi & adversus heredes detur hæc actio, alibi. XXXV.

Hanc iis dumtaxat quæ metu gesta sunt, convenire; an & iis actio de dolo competat. XXXVI.

Superiores actiones civiles esse & pecuniarias. XXXVII.

I. AC de alieni subtractione satis dictum est. Sic enim vocamus id genus detrahendi alteri lucri nostri caussa, cum adimimus ipsi alii, quod ad nos transferamus. Cuius generis species sunt eæ, quas modo ostendi. Erat alterum genus aliena ad nos transferendi propositum a nobis cum ipsi non adimimus alii invito: sed accipimus a volente, sed prius malis artibus a nobis inducto, ut vellet, atque ita volens in nos contulerit. Hic etsi in speciem accipimus a volente, & consentiente; re vera tamen auferimus invito, quod ad nos transferamus: utpote cuius trans-

transferendi caussam improbe dederimus. Nam & in damno is videtur damnum dedisse, qui caussam damni præbuit. *L. qui occidit*, *§. in hac*, *D. ad leg. Aquil.* *L.* 4. *§. pen.* in fin. *D. de vi bon. rapt.* Ideo & hæc maleficia sunt, eo improbiora, quod qui in his nocent, id agunt, ut viri non mali videantur, dum ademptionem & rapinam suam per speciem alieni consensus tegere nituntur. Quo genere iniustitiæ nullum capitalius esse Cicero dixit *Lib.* 1. *Offic.* Quapropter nec minus hæc vindicantur iure civili. Summo quidem iure, qui rem suam in alium contulit, amisit: qui promisit, obligatur; quanvis improbe inductus, ut vellet. *L. item*, *§. sed quod*, *L. si mulier*, *§. ult. quod met. cau.* *L. dolo*, *C. de inut. stip.* Quippe inquit Paulus, quanvis si liberum illi esset, noluisset: tamen coactus [1] voluit. *d. L. si mulier*, *§. ultim.* *D. quod met. cau.* Sed subventum est iure prætorio, & adversus malitiosas istas inductiones remedia constituta, quibus fit, ut restituatur, quod nostrum est, ne cui fraudem passo noceant.

II. Hoc genere aliena ad nos transferimus tribus modis; metu illato, concussione, dolo.

III. De his quæ metus caussa gesta, quæve metu extorta sunt, auxilium propositum est edicto prætoris, quod est de eo quod metus caussa, de quo agitur his Titulis, *D. quod metus caussa*. *C. de his quæ vi met. caus. gesta sunt.* Id edictum fuisse videtur in hæc verba: *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo. Hoc amplius si quod eo nomine aberit, ei qui metum passus est, heredive eius arbitrio iudicis non restituetur, de eo quanti ea res erit, intra annum quo experiundi potestas est, in quadruplum: post annum in simplum caussa cognita iudicium dabo. In heredem de eo quod ad eum pervenit, iudicium dabo.* Prior pars expressa est in *L.* 1. *D. quod met. caus.* Posterior de actione quod metus caussa nusquam: sed fragmenta colliguntur ex his locis, *L. metum*, 9. *§. ultim.* *L. item*, *§.* 1. *D. eod.* *L.* 4. *C. eod.* de heredibus est in *L. quod diximus*, *§. ultim.* & *LL.* seqq. *D. eod.* Ergo edictum duabus his rebus continetur; auxilio prætoris adversus metum, & auxilii caussa. De auxilio postea suo ordine: prius de caussa auxilii cognoscendum est. Habet auxilium huius edicti hanc caussam, quæ edicto expressa est in *d. L.* 1. *quod met. cau.* *Si quid metus caussa gestum erit.* Quæ verba a veteribus sic accepta sunt, si quis iusto metu illicite illato coactus ex eo metu quid gesserit, qua ex re quid illi abesset. Quorum singula partibus quibusque expositis patebunt.

IV. Ergo in hac caussa duo spectanda, quibus in summa illa continetur; gestum & gerendi modus. Gestum hoc edicto coercetur. Gestum alias proprie significat rem sine verbis factam, ut traditur in *L. Labeo libro*, *D. de verb. signific.* Hoc edicto generaliter quidquid geritur cum alio ex consensu. Cuius tres sunt species, alienatio, liberatio, promissio. Id est si quis quid tradendo de suo in alium transfert, si debitorem suum liberat, si quo modo se alteri obligat. Notatæ hæ species in *L. metum*, 9. *§. sed quod prætor*, *D. quod met. caus.* Ubi & ad huius edicti restitutionem pertinere omnes dicuntur, si quis quid earum rerum metu coactus fecerit. Ex quo intelligimus gesti verbo in hoc edicto hæc omnia contineri.

V. Sed additur conditio, dum ex ea re quid absit ei, qui metum passus est. Si cui in eo quod metus caussa gessit, nihil abest, cessat edictum: ideo etiam dicitur natura actionis quod metus caussa [2] damnum exigere. *L. item si*, 14. in princ. *L. sed & partus*, 12. in fin. *D. quod metus caussa.* Non dubium, quin sumptum sit ex posterioribus verbis edicti, quibus de eo quod abest, datur actio, ut restituatur; nisi restituitur, datur quanti ea res est in quadruplum. Quid ergo, potest quis alienare quid de suo, aut debitorem liberare, ut ei nihil absit? Quod si id non potest, an non satis erat dixisse,

1) Nam coactus & velle & nolle retinet ac eius quod geritur principium in illius potestate constitutum, ait Loriot. ad *L.* 3. *&* 2. *seqq. de R. I.* Stute. ad *L.* 116. *pr. de R. I.* *n.* 8. Vere tamen quæ coacti volumus nec ἑκούσια nec ἀκούσια esse, sed mista, ut Aristot. 3. *Eth.* 6. *&* 7. vult Duar. *h. t.* *C.* 1. Belle Pac. 2. *Q.* 67. Vis, inquit, est contraria voluntati *L.* 1. *h. t.* & non est, *d. § pen.* Duæ considerandæ voluntates: (1) Prior vi, huic vis contraria est. (2) Posterior, huic vis non contraria est, quin imo eam efficit; add. Phil. Matte. ad *L.* 116. *pr. de R. I.* *n.* 13. Quare ex caussa metus, seu vis compulsivæ, ut vocant, non datur interdictum unde Vi, Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 101. *& seqq.* *& infra N.* 15. Num igitur ex contractu metu inito obligatio naturalis oritur? Ita vult Felician. de Solis *Lib.* 1. *de Censib.* *C.* 1. *n.* 12. *& seqq.* Sed male, quia æquitas deficit.

2) Natura huius actionis est ut ob damnum detur, Duar. *hoc tit.* *Cap.* 3. Hinc vi coactum debitorem ut pignus det creditori, hac actione non experiri contendit Hotom. ad *L.* 4. *Cod. de pig.* eam legem sic contra DD. exponens. Sed recte puto DD. eam exponunt de debitore pignus dare coacto, necessitate debiti accipiendi, creditore aliter mutuare non volente, ut Goth. *ibid.* ot prætendente postea eo se metu coactum. Nam si post creditum datum, vi compulerit creditor: atque vis hæc improba, eum iudicio experiri debuerit. Nec nullum inde debitori damnum, cui pignoris usus abest.

se, quod metus caussa gestum erit, uti & verba edicti initio concepta sunt? Et sane nihil istorum fieri potest, quin prima ratione videatur abesse gerenti, quod alienavit. Sed interdum re vera non abest. Quod accidit in vero debitore metu coacto a creditore, ut ei solveret: & vice versa in creditore, quem debitor coegit sibi acceptum facere, cum debitor exceptione perpetua tutus esset. Verus debitor si quid solvit de suo, alienat. Sed revera ei quod debuit, solventi nihil abesse intelligitur, sed accessisse potius: cum id iam ab initio obligationis contractae in bonis creditoris esse debuerit, ex solutione autem debitor liberationem sit consecutus. Sic & creditori debitorem suum liberanti abest ea actio quae prius fuerat. Sed si debitor exceptione perpetua tutus fuit, haec ipsa actio effectu nihil est, eoque nec illam remittenti vere quidquam abesse intelligitur. Nihil enim interest, utrum actionem quis non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Ideo neque illic creditorem, neque hic debitorem ob illatum metum hoc edicto teneri placet. *d. L. sed & partus*, *§. ultim. d. L. item*, in princ. *D. eod.* Quod cum in creditore superiore dicimus, non sic accipiendum est, quasi debitori suo vim attulisse ad solvendum sit creditori impune. Non tenetur is hoc edicto, sed incidit in legem Iuliam de vi, & ius crediti amittit *d. L. sed & partus*, in fin. *L. exstat*, seq. *eod.*

VI. Non omne gestum tenetur hoc edicto, sed id in quo is gerendi modus est, cuius potissimum coercendi caussa hoc interdictum est comparatum. Is autem est, si quid gestum sit metus caussa, & ut veteres hoc acceperunt, si quis quid iusto metu illicite illato coactus quid gesserit. In quo haec insunt quinque ad auxilium huius edicti necessaria; primum ut metus interveniat. Secundum ut iustus metus. Tertium ut hic metus inferatur ab alio. Quartum ut illicite & iniuria. Postremum ut quod geritur, geratur huius ipsius metus caussa. Totidem hic exigunt veteres. Quorum de singulis breviter cognoscamus.

VII. Metum sic definit Ulpianus in *L. 1. D. quod. met. cau.* Ut sit instantis vel futuri periculi caussa mentis trepidatio. Ad eumdem modum [3] Cicero *Lib. 4. quaestion. Tuscul.* Instantis periculi: ut si quis gesturo praesentem mortem intentet, aut cruciatum corporis, nisi quid faciat. Futuri, ut si quis minetur periculum servitutis liberto interversis manumissionis eius instrumentis, quae apud se habeat, nisi quid ille det: aut si magistratus criminis reo minetur deportationem. Proinde & quae geruntur ob metum futuri huius periculi, hoc edicto continentur, quia metus caussa gesta. Metum quidem praesentem hic exigi scriptum est in *L. metum*, 9. *D. eod.* qui dicitur imminens in *L. si voluntate*, *C. de resc. vend.* Sed longe aliud est metus, aliud periculum quod metuitur. Metum semper praesentem esse oportet, cum quid geritur, ut dici possit id metu gestum: id est semper oportet praesentem esse caussam: cur quis periculum aliquod metuat, nisi quid gerat in praesentia. Sed non est necesse periculum [4] esse praesens, quod metuitur. Sufficit id tale esse, ut ingruere possit, nisi nunc cedimus vim adferenti: quandoque tamen, id est vel iam nunc, vel postea.

VIII. Non quivis metus putatur ad hoc edictum pertinere, aut vindicari ullis legibus, sed solum [5] iustus metus. *L. nec timorem*, 7. in fin. *D. quod met. cau.* Atqui in hoc edicto metus solum fit mentio. Sed vanus & non iustus metus ne pro metu quidem habendus est. In quam sententiam est illud Celsi, vani timoris nullam esse aestimationem. *L. si quis ab alio*, in princip. *D. de re iud.* Et merito. Non est enim metus, nisi periculum metuitur, ex definitione. Non est autem periculum, quod revera periculum non est, etsi quis forte periculum esse opinetur. Proinde nec metus, qui eius opinati pericull metus est. Iustus metus definitur *L. 6. D. eod.* non vani hominis metus, sed qui merito in hominem [6] constantissimum cadat. Hoc recte, cum quaeritur quis dicatur iustus metus. At si de re quae-

3) Qui definit opinionem impendentis mali, quod intolerabile videatur Arist. 3. *Eth.* 6. mali exspectationem. Sed plenius idem describit 2. *Rhet.* 5. Iul. Scal. *Exerc.* 312. [illegible] deducit quod ex eo amittatur constantia & omne consilium abuciatur (& ex eo Setser. *Lib.* 1. *de Iuram. Cap.* 19. *n.* 7. *&* *Cap.* 24. *n.* 8.) describens demissionem animi propter exspectationem futuri mali, ubi tractat quid a timore, tremore, pavore, consternatione & aliis affinibus, differat: de quo sic Fernel. *Lib.* 6. *Physiol.* C. 12. Futuri mali apprehensio si vehementer animum conturbat, metus; si mali imminentis, timor; si permanentis, formido; si laboris, pigritia: si valde concruciat, terror; si mentem loco moveat pavor; si olterius processit, exanimatio. Alter definit io. Spinae. *Lib.* 7. *de Tranquill. animi initio*, De magna vi metus & timoris vid. Henr. Steph. *Lib.* 6. *Schediasm.* 3. Elias Reusner. *Lib.* 2. *Art. Stratagem. Cap.* 36. *princ.* P. Fab. ad *L.* 116. *de R. I.*

4) Ita & Duar. *ad hoc tit. D. Cap.* 1. Ant. Fab. *in Rational. ad d. leg.* 9. *pr.*

5) Vis atrox *leg.* 3. §. 1. *b.* non vis festucaria, ot vocat Agell. 20. *Noct.* 9. Duar. *hoc tit. Cap.* 1.

6) *Cap. cum dilectus* 6. *extra hoc tit.* Covar. *P.* 2. *de Matrimon. Cap.* 3. §. 4. *n.* 4. *&* *seqq.* in costantem virum cadere qui illatus cogit eligere minus malum ob maius imminens

quæritur, quis sit iste metus non vani hominis, eadem dubitatio relinquitur. Non minus enim incertum est, quis sit metus qui cadat etiam in constantem virum. Id autem ex genere mali & periculi formidati æstimandum est. Ideo metus ad hoc edictum pertinens, quem eumdem nunc iustum dicimus, definitur ad rem propius *L.* 5. *D. eod.* ut sit timor [7] maioris mali. Sed & hoc adhuc incertius, quia generalius. Addamus igitur huius generis mali species iure civili cognitas: tum rem certam & constitutam hic habebimus.

IX. Et duæ res sunt, de quibus convenit, quarum metum constat esse iustissimum, & præcipue pertinere ad edictum, mors seu periculum salutis, & cruciatus corporis. De quibus & nonnullorum rescriptorum definitione comprehensum est. *L.* 4. *L. si donationis*, *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt*, *L. interpositas*, *C. de transf.* *L. si voluntate*, *C. de resc. ven.* Mors quid sit, notum est. Cruciatum autem accipiemus non tantum tormenta t sed & verbera, [8] vincula etiam, & carcerem. Certe horum quoque posteriorum, si intententur, iustum esse metum & ad auxilium huius edicti pertinere his locis traditur. *L.* 3. in fin. *L. nec timorem*, 7. *L. pen. L. ultim.* *D. quod met. cau.* Sed in his consistendum non est. Et puto, inquit Paulus, etiam servitutis timorem, & similium esse admittendum. *L.* 4. *D. eod.* Hoc significat, recte dici mortis & cruciatus corporis metum tanquam iustum in hoc edicto solum accipiendum esse: dum tamen rerum his similium timorem admittamus. Quæ ergo res morti similes? nam de corporis cruciatu diximus. Et visum est tria hæc morti esse similia, ut horum metus non aliter quam mortis admittat auxilium huius edicti: servitus, deportatio, stuprum. Servitutis timorem iam dixi ad iustum metum in hoc edicto admittendum esse. *d. L.* 4. *eod.* Nemo dubitabit ideo fieri, quod servitutem morti comparamus, ut est regula iuris. *L. servitutem*, *D. de reg. iur.* Et recte comparamus, cum servitutis conditio hæc sit, ut servi iure civili pro nullis habeantur. *L. quod attinet*, *D. de reg. iur.* Sic autem servitutis periculum intentari potest, ut id iuste metuatur, si quis servo manumisso instrumenta status eius apud se habens ea se interversurum dicat, nisi ab eo quid accipiat: si modo manumissus petatur iam in servitutem, & illis instrumentis perditis liber pronuntiari non possit. Hoc in *L. isti*, 8. vers. *si is accipiat*, *D. quod met. cau.* Servituti similis [9] deportatio, ut quæ hominem pariter civium numero eximat. *§. cum autem*, *Inst. quib. mod. ius pat. pot. sol.* Unde & servitutem mortis instar, ita eodem sensu deportatos mortuorum loco habendos legimus. *L.* 1. *§. pen.* *D. de bon. pos. contr. tabb.* Finge ergo magistratum criminis reo minari deportationem, quam irrogare pro imperio potuit. Iusto metu se coactum dicet, qui per hunc metum compulsus est, ut quid præstaret, aut faceret. In eadem caussa est stuprum. Si inquit Paulus, in *L.* 8. in fin. *D. quod metus caussa* dederit quis, ne stuprum pateretur sive vir, sive

minens vitandum. Nec igitur infert, metus ullus ad peccatum committendum iustus, quia eo nullum maius malum. Tametsi tunc facilior sit veniæ impetratio. Auctor *bruti fulminis pag.* 155. Fr. Sarmient. tamen 3. *Select. Interpr.* 11. *n.* 2. *& seqq.* hoc (quod metus exigitur qui constantissimum percellat) difficultate non vacare sentit. Absurdum est, arguit, summam fortitudinem requiri ab iniuriam passo, & inferentem impunem esse, ac lucrum ferre impudentiæ, si viro modesto minis pecuniam extorserit, vel improba etiam contentione aut interpellatione. Nam etsi eo metu territus sit in culpa, cum commoveri non debuerit, alter tamen in dolo, cum data opera rem illicitam faciat. *Facit L.* 1. §. 2. *de eo per quem fact. erit.* Ideo Sarmient. nove sic statuit: Contra tertium possessorem non dari hanc actionem nisi metus atrox, quia illi regula: Culpæ præponderare dolum, obiici nequeat; Dari autem contra inferentem metum. Nisi actus talis celebratus a quo partes libere recedere nequeunt, ut matrimonium & votum monasticum sive professio religionis *d. C.* 6. *extra hoc tit.* quia neutrum actum dolus irritum efficit. Ita Sarmientus. Sed hæc distinctio legibus non convenit, immo aperte reprobatur cum generalis sit regula: Vani timoris excusationem nullam esse. Et *d. L.* 7. *pr. d. L.* 8. *Cod. h. t.* omnino Sarmientum refellunt. Nec vero propter culpam aliquam negatur hæc actio ei, qui inani metu compulsus alienavit, sed ob defectum caussæ, quæ rescissionem suadeat, & damni dati. Neque enim deceptus dici potest, qui libere consentit. Libera autem consentiendi facultas non adempta ei, qui metum denuncianti resistere, aut inanes iactationes, eius quem scivit sibi nocere non posse, vanam sine viribus iram negligere potuit. Recte autem, qui iudici ex personarum qualitate, aliisque circumstantiis quis metus iustus fuerit, definiendum relinquunt Covar. *d.* §. 4. *n.* 15. Menoch. *Arb. Cas.* 135. Io. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 29. *n.* 28. Sane in fœmina non requiretur tantus, quantus in viro, Boer. *Decis.* 100. *n.* 2. Iac. Gurre. in *L.* 2. *Cod. de resc. vend. pag.* 37. Pard. Pratei. ad *L. Iul. de fundo dotali.* Tiraq. *L. Connub.* 9. *n.* 159. *& seqq.* P. Cypræ. *de Sponsal.* C. 13. §. 15. *n.* 4.

7) Malitatis legitur in Pandect. Florentin. nec male cum & Basilicæ vertant μειζονας κακωσεως vid. Carol. Labbæ. in *Obs. Sinops. Basil. Lib.* 10. *Tit. de Metu Cap.* 5. & scelestitatem legamus *L.* 3. *pr. de bo. eor. qui sibi mort.* & alia id genus, de quibus Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Success.* 9. Ex quod mage mirere, imbonitatem, Tertull. ref. Fr. Mod. *novantiq. rect. Epist.* 21. Sic delititas Nonio. pro delitio Muret. ad *L.* 2. §. *post hunc* 47. *de O. I.*

8) Vincula enim & carcer quasi species servitutis *L.* 3. *de hom. lib. exhib.* Licite tamen cum eo contrahitur, qui est in carcere forte ob suum delictum, modo non in carcerem ideo ducatur, ut quid ab eo extorqueatur, Duar. *h. t.* C. 1. fuse de contractibus incarceratorum Gutierez. *de Iuram. confirmat.* P. 1. *Cap.* 57.

9) Item excommunicatio post *Gl. in C. cum olim* 3. *de restitut. spol.* Lonot. ad *L.* 3. *&* 2. *seqq. de R. I. f.* 530. Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 1. *Q.* 7. *n.* 7. Licet enim ad pœnam illa inventa non sit, tamen nec carcer iure civili ad pœnam inventus. Iustus item metus amissionis patrimonii, *Cap.* 2. *extra de his quæ vi met. caus.* Duar. *h. t.* C. 1. Covar. *de Matrim.* P. 2. *C.* 3. §. 4. *n.* 30. *& seqq.* Zoan. *Rer. quotid.* C. 44. *n.* 1.

ſive mulier, hoc interdictum locum non habet, cum viris bonis iſte metus maior, quam mortis, eſſe debeat. In quibus omnibus adiiciendum eſt, quod eſt in *d. L. iſti*, 8. in fin. non ſolum harum rerum metum iuſtum eſſe, ſi quis ea in ſe veritus ſit, ſed etiam ſi in liberis ſuis: cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur. Qua ratione idem probandum recte dixerimus, ſi eadem iſta in parentibus [10] metuant liberi, in viro uxor, in uxore maritus.

X. Quæſitum eſt de timore infamiæ, ſi quis forte hanc metuat, ſitne hic iuſtus metus. Et eſt ſine dubio iuſtiſſimus, & qui bonis viris maior eſſe debeat, quam cuiuſvis cruciatus. Certe iuſtior, quam vinculorum aut carceris: cum bona fama nihil eſſe debeat bonis viris pretioſius. Et tamen negant veteres timorem infamiæ hoc edicto contineri: ut ſi quis per hunc metum cum alio quid geſſerit, ceſſet auxilium edicti. *L. nec timorem*, 7. *D. eod.* An non ergo inter ſe hæc pugnare merito quis dixerit? Immo recte utrumque dicitur, & infamiæ metum per ſe eſſe iuſtiſſimum, & tamen eundem ex hoc edicto non tribuere reſtitutionem. Non enim ideo non tribuit, quia non ſit iuſtus: ſed quia quicunque eſt is metus, non infertur ab alio. Ita eius repudiandi cauſſa ad ſequens caput pertinet, in quo de illato metu agitur, ubi dicetur. Atque hæc pericula ſunt, quorum metus videatur cadere in conſtantem virum, eoque & iuſtus eſſe. Quæ cum ſola ſtatuimus, nempe eadem opera atque uno verbo cætera omnia excludimus, negamuſque eorum metum, ſi quis allegetur, ad reſtitutionem huius edicti pertinere. Quarum de quibuſdam & plerifque reſcriptis cautum eſt. Quales ſunt iactationes & conteſtationes hominis ad nocendum parati, ſed indefinitæ, de quibus in *L. metum*, *C. de his quæ vi met. cau. geſta ſunt*. Quales minæ vexationis alicuius, de quibus in *L. nec timorem*, 7. *D. quod met. cau.* quales inſtrumenti de re pecuniaria ſcripti retinendi; qualis nominatio ad civilia munera. De quibus in *L. cum te*, *C. de his quæ vi met. cauſ.*

XI. Non eſt ſatis iuſtum eſſe metum ex periculis ſuperioribus, ut ſit huic edicto locus. Edictum ſic acceptum eſt, ut & hunc metum ab alio illatum eſſe oporteat. *L. metum*, 9. in princip. *L. item*, 14. *§. in hac D. eod.* Et recte. Edictum enim delictum coercet. Nullum autem in metu delictum alienum eſt, ubi nemo hunc metum intulit. Præterea ſi quis eſt metus qui ab alio non inferatur, neceſſe eſt eum qui metuit ipſum ſibi eum metum inferre. Ad eum qui ſibi metum infert, hoc edictum non pertinet, ut eſt in *L. ſi mulier*, in princip. *D. eod.* optima ſane ratione, quæ regula iuris efficitur, quod factum cuique ſuum nocere debeat, non adverſario. *L. factum cuique D. de reg. iur.* Ut alius metum inferre intelligatur, duabus in rebus poſitum eſt: ut velit inferre, ac minetur; & ut quod minatur, poſſit præſtare. Aut ſi brevius dicendum eſt, conſtat hæc illatio & voluntate aperta inferendi periculi, & eius inferendi facultate: ut neque voluntas inferendi ſine facultate, neque facultas ſine inferendi voluntate cuiquam noceat, cum quo aliquid metu geſtum eſſe dicetur.

XII. In primis voluntatem inferendi exigimus, & eam quæ denuntiatione periculi [11] demonſtretur: puta hoc modo: niſi facis, ecce tibi mors parata eſt, aut carcer, aut verbera: aut ſi dux armatus ita dicat, facito, aut hæc arma te cogent: vel magiſtratus, facito, aut ſcis quid ego in te poſſim. Niſi hæc voluntas & minæ præceſſerint, nihil cuiquam eius potentia aut nocendi facultas illi obfuerit, quominus ratum ſit, quod cum eo geſtum eſt, quantumlibet is qui geſſit non ſine cauſſa eius potentiam aut inimicitias aut iram privatim metuerit. Exemplo eſt, ſi quis inferior cum ſuperiore & potente quid geſſerit, ut ſi ruſticus cum domino feudi, ſubditus cum principe, civis cum præſide & potente magiſtratu. Eſto, ſi petierint quid ſecum geri. Si ita in eo ſe gerunt, ut homines reliqui ſolent, qui contrahere quid cum aliis inſtituunt, ſine minis, aut nulla ſignificatione periculi, ſi recuſetur: placet ratum eſſe, quod cum his geſtum eſt, quantumvis qui contraxit inferior eorum potentiam [12] metuerit. Et generaliter nulli dignitatem aut potentiam ſolam nocere

10) Vid. Tiraq. ad *L.* 8. *Cod. de revoc. don. n.* 7. & 8. P. Fab. 3. *Semeſtr.* 8. *P.* 97. & *ſeqq.* Menoch. 6. *Præſumpt.* 56.

11) Requirunt tamen DD. ut minas denuncians ſolitus fuerit exſequi. Covar. *de Matrim P.* 2. *Cap.* 3. §. 6. *n.* 4. Cypræ. *de Sponſal. Cap.* 13. §. 16. & ut ſævitiam tyranni metuens, non potuerit ſe recipere in locum tutum, Zoan. *Rer. quotid. Cap* 44. *n.* 10. *&c.* Metus quibus modis probetur vid. Sebaſt. Medic. *de fort. Caſib. P.* 1. *Quæſt.* 7. *n.* 7. Cypræ. *d. Cap.* 13. §. 21. Unde præſumatur Menoch. 3. *Præſumpt.* 126.

12) Quid in metu reverentiali? Non facere locum edicto, Gomez. 2 *Reſol.* 14. *n.* 27. Covar. *d* §. 6. *n.* 4. addens niſi coniunctæ minæ ſint, ad effectum perduci ſolitæ, vel niſi enormis læſio, Duar. *h. t.* C. 1. Zoan. *Rer. quotid. Cap.* 47. *n.* 1. Sed Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 11. *n.* 10. diſtinguit an contra tertium agatur, an vero contra inferentem; ubi tamen ſpecialem metum exigit, nec ſufficere pudo-

cere debere ad invidiam, quo si quid cum eo gestum sit, rescindatur tanquam metu gestum hoc ipso, quod gestum cum potente & nocendi facultate prædito. Hoc in *L. ad invidiam, C. de his quæ vi metusve caussa gest. sunt.* Non sane quia eorum, quos dixi, potentia & ira non iuste metuatur; sed quia non infertur ab illis metus, dum ab illis minæ & periculi denuntiatio absunt. Quæ si intervenerint, nemo dubitabit, quin quod ab aliquo his minis extorserint, debeat potissimum ut iustissimo ab illis illato metu infirmari; non quia potentes sint, sed quia potentia abusi sint ad terrendum & extorquendum quod acceperunt. Eaque sunt per impressionem & potentiam extorta, quæ iubentur infirmari in *L.* pen. & *L. ult. C. eod.* Exemplo est etiam si quid gesserit cum eo, cuius accusationem iuste metuit & iam institutam, vel futuram. Accusationis publicæ metus iustissimus propter pericula capitis, quæ damnatione inferuntur, ut mortis, deportationis, vel cruciatus corporis; aut etiam ante damnationem propter vincula aut carcerem. Scriptum tamen est in *L. accusationis, C. eod.* accusationis institutæ vel futuræ metu alienationem seu promissionem cum eo factam cuius accusationem metuas, rescindi postulantis improbum esse desiderium. Recte, ubi scilicet nihil aliud proponebatur, quam accusationis metus, nec accusator minari accusationem futuram, aut in instituta se perseveraturum, nisi quid acciperet. Sic enim metus accusationis ab illo non infertur quo non illato restat restitutio. Quod si superiores minæ accedant, non minus ex hac caussa, quam ex superiore gestum rescindi debeat. Est enim hæc concussionis species, accipere ne quem accuses, quod & ipsum in crimen publicum cadit. *L. ult. D. de concuss.*

XIII. Nihil agit voluntas & periculi inferendi denuntiatio ad metum inferendum, nisi qui minatur, idem & possit periculum quod minatur inferre. Ut enim quis metuat, quod ille minatur: tamen quia iniuste metuit, magis videatur ipse sibi hunc metum inferre, quam ab alio pati. Quam ob caussam & hic cessat edictum. Exemplo est is, qui minetur se aliquem infamem facturum, nisi ab illo auferat, quod petit. Negavimus supra metum infamiæ hoc edicto contineri, id est si quis quid huius infamiæ metu cum alio gesserit, huius edicti auxilio uti posse. *L. nec timorem, 7. quod met. cau.* An quod hic metus non est iustus? Immo quia etsi per se iustissimus, tamen ab eo qui minatur non intelligitur inferri; quippe qui facere non potest, quod minatur. Non est enim infamia res huiusmodi, quæ cuiquam ab alio irrogari possit. Efficitur quisque infamis iure & facto suo: minime autem [13] alienis conviciis aut aliena opera. Ut declarat edictum prætoris de iis qui notantur infamia, *L. 1. D. de his qui not. inf.* Quod si quis contra putat, & ob id metuit, hunc metum sibi fingit errore iuris, non ab alio illatum accipit. Qua eadem ex re efficitur, ut vanus hic sit metus: utpote ex ea re quæ metui non debuerit.

XIV. Sed etsi & metus intervenerit, & metus iustus, & is illatus ab alio, dum periculum aliquod ex superioribus aperte intentatur: non tamen aliter valebit ad restitutionem, quam si illatus sit iniuria, & contra bonos mores. Iure licito illatum placet hoc edicto non teneri. *L. 3. D. quod met. cau.* Sumptum ex sententia & mente prætoris: cui propositum fuit hoc edicto delictum coercere, ut apparet ex pœna adversus id quod metu gestum est, constituta. Nulla enim pœna est, nisi quæ est delicti pœna & coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Nullum autem delictum in eo, qui iure licito & suo usus est: & ut alibi dicitur, iuris exsecutio iniuriam non habet. *L. iniuriarum, §. 1. D. de iniur.* Exemplo est vis, quam magistratus recte intulit, iure scilicet licito & iure honoris quem sustinet, ut est in *d. L. 3. quod met. caus.* Finge magistratum in exsecutione iudicati iubere debitorem cum nihil aperte haberet in bonis, aut solvere, aut in carcerem ire. Quanvis hoc metu iusto debitor com-

pudorem sive metum in genere, scribit. Menoch. *Cap.* 136. *n.* 8. solam superioris præsentiam metum probare, modo ex iudicis arbitrio probabiliter metus dici possit. Quo quid sibi velit non satis percipio. Fach. 2. *Contr.* 69. metu reverentiæ gesta ex communi sententia rata non esse, & Io. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 29. *n* 17. De effectu metus reverentialis vid. Tiraq *post LL. Connub. Gl* 5. *n.* 36. *&* 3. *seqq.* Unde præsumatur Geor. Natan. *de Pact. circa Success. P.* 1. *n.* 45. *& seqq.*

13) Recte. vacanti a delicto per iniurias & contumelias infamia vere inferri nequit, ut multis ostendit Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 10. *n.* 5. *& seqq. & Lib.* 3. *Cap.* 2. *n.* 1. Metus itaque infamiæ in *d. L.* 7. *pr.* est metus criminationis ac convicii. Metus autem veræ infamiæ iustissimus & metu mortis potior *d. L* 8. *§. pen.* cum nihil viro honesto studio bonæ famæ sit antiquius. Zach. Fridenreich. *Politic.* C. 23. *pag.* 176. *& seqq.* Io. Heidfed. Shing. *Philosop. Cap.* 24 Moriendum enim potius & vita famæ impendenda, quam peccatum mortale committendum, Freher. *Lib.* 2. *de Fama Cap.* 10. *n.* 37. *& seq.* Pac. 2. Q. 68. confer Mar. Salomon. *in Com. de voluntar. & involuntar. ad L.* 1. *&* 2. *de LL.* Aliter P. Fab. 3. *Semestr.* 8. *p.* 96.

compulsus pecuniam aliunde sumptam solverit: nihil tamen minus, quam repetere potest, quod ita solvit. Quia iure licito magistratus denuntiat carcerem iis debitoribus, qui cum solvendo non essent, aliunde pecuniam non expediunt. *L.* 1. *C. qui bon. ced.* Sed quid magistratum dicimus? Etiam si privatus eorum aliquid, quæ supra iuste metui diximus, iure suo privato possit inferre, idque se illaturum ostendat, nisi quid accipiat: non tenetur hoc edicto, si accipiat, cum id iure fecerit. Veluti, si mulier contra patronum suum ingrata facta cum de suo statu periclitaretur aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigeretur. In qua specie Paulus ait cessare edictum in *L. si mulier*, in princip. *D. quod met. cauf.* Sed ea ratione, quæ hanc speciem videtur removere ab eo genere, quod tractamus: quia, inquit, hunc sibi metum ipsa infert. Sed hoc tum recte dici videtur, cum ingrata ultro ad patronum venit ingratitudinem agnoscens, & petit ut patronus eo accepto quod offert, ingratitudinis pœnam remittat. Cæterum si patronus ultro ei servitutem denuntiet, nisi quid det aut promittat, nihil caussæ est, cur non & hic recte dicatur patronus metum servitutis intulisse. Quo casu hoc intelligi volo non minus recte dicturos nos cessare edictum, ubi quod fit infertur iure licito. Quanquam si caussam anteriorem huius denuntiationis spectamus, non male dici potest etiam tum libertam ingratam eum metum sibi intulisse, cum eius inferendi caussam patrono præbuerit. Sed utrum horum dicamus nihil refert neque in hac specie, neque in superiore, dum hoc intelligatur non coerceri hoc edicto eum metum, quem quis iure licito & suo inferat, etsi inferendi caussam prius acceperit ab eo, qui metum passus est.

XV. Postremo ut superiora omnia præcesserint, metus, & iustus metus, & is illatus ab alio idque iniuria: hoc postremum accedere oportet, ut ex eo metu qui præcessit, quid gestum dicatur, &, ut sunt verba edicti, ut gestum sit eius metus caussa. Si quis quid gesserit hoc metu compulsus, deinde sine novo metu id fecerit, quod ex priore illo gesto sequebatur: non restituetur. Quod placuit in eo, qui cum metu coactus quid promisisset, postea ex ea obligatione nullo novo adhibito metu solvit. *L.* 2. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt.* Sane enim & hic promissor metus caussa promisit, & sine hac promissione non solvisset; ut hanc solutionem in eadem re metus præcesserit, ac propemodum videatur solutioni caussam dedisse. Sed tamen verum est ex illo præcedente metu pecuniam non esse solutam: cum licuerit promissori non solvere, alioqui exceptione tuto, & præterea ita constituto, ut acceptilationem eius obligationis ultro petere potuerit. *L. metum*, 9. §. *Sed quod prætor*, *D. quod met. cau.* Ita cum hoc iure contempto solverit, nihil aliud dici potest, quam eum obligationem metu extortam postea consensu confirmasse. Quod cum sit, merito ob novum consensum denegatur restitutio, ut est exceptio *L.* 4. *C. eod.*

XVI. Non est contrarium huic sententiæ, quod definitur in *L. ex ea*, *D. de cond. ob turp. cauf.* in hæc verba: *ex ea stipulatione, quæ per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse.* Non quia exactam pecuniam eo loco accipiendam putem cum vulgo per vim iterum extortam. Neque enim exigendi verbum id significat: cum exigere dicatur omnis creditor, qui aliquid petit, & aufert; ab invito quidem, sed tamen iure: puta extra iudicium metu iudicii futuri, & iudicio per iudicem. Utrumque sine vi *L. debitor. D. de verb. signif.* nec si vis adhibita intelligeretur in superiore definitione, condictio daretur potius, quam quod metus caussa actio, quæ adversus eiusmodi competit. *L. metum*, 9. §. *sed quod prætor*, *D. quod met.* Sed ut hanc vim in exigenda ea pecunia non intervenisse interpretemur: tamen ideo nihil hic contrarii est, quod dicitur pecunia exacta esse ex stipulatione præcedente. Quo significatur sic esse exactam, quasi ex ea cautione deberetur. Id autem tunc accidit, cum quis se ea cautione teneri putans, ex ea solvit: puta heres metum defuncto adhibitum esse ignorans, aut ipse qui coactus est, in iure errans. Hoc errore qui solvit, condicet: quia solvit ex cautione quidem, sed tamen turpi de caussa: nec facit promittentis solutio, ut in eo errore videatur ullus esse eius consensus, & rei gestæ comprobatio. Nec unquam mirum videatur, ei qui in iure erravit, a nobis repetitionem dari: cum traditum sit iuris errorem nemini prodesse. *L. regula*. *D. de iur. & facti, ignor.* Non enim hic datur propter errorem: sed propter [14] turpitu-

14) Atqui ex hac ratione idem erit etsi sciens solverit, quia quandiu turpitudo solius accipientis vertitur, semper illi condictioni locus, vid. supra *Lib.* 14. *Cap.* 25. *N.* 1. 5. videtur simpliciter distinguere inter actionem quod metus caussa *d. L.* 2. & condictionem ob turpem caussam *d. L.* 7. Cuiac. *ad L.* 9. §. 3. *hoc tit.* Fachin. 10. *Contr.* 16.

pitudinem petentis, quae sublata replicatione quod metus caussa propter solutionem etiam nunc superest, ut nullo consensu solventis deleta.

XVII. Ex his apparet, quae metu gesta sunt, eadem esse, quae dicuntur vi extorta. Quae & ipsa ad huius edicti restitutionem pertinere dicuntur. *L.* 4. *L. si donationis, C. de his quae vi met. caus. gest. sunt, L. pen. D. eod.* Quae eadem & per vim gesta. Unde in veteri edicto haec verba erant; *quod vi metusve caussa gestum erit*. Ex quibus translatitia est inscriptio huius Tituli in *C.* in haec verba *de his quae vi metusve caussa gesta sunt*. Postea, inquit Ulpianus, detracta est vis mentio: ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur. Haec ille in *L.* 1. *D. quod met. cau.* atque hinc etiam inscriptio eius Tituli in Pandectis.

XVIII. Ex his intelligitur ad caussam & auxilium huius edicti, neque gestum sine vi & metu; neque vim & metum sine gesto quidquam valere. Sine metu gesta, non rescindi constat. *L. ad invidiam, L. cum te, L. accusationis, C. eod. tit.* Sed nec vis sine gesto ad hoc edictum pertinet. Vis ad res alienas adimendas adhibetur duobus modis. Aut enim adimitur quid invitis & ignorantibus; aut a volentibus quid accipitur, sed prius vi compulsis. Quidquid est, quod vi adimitur ab invitis aut ignorantibus, quia adimitur nihil gerente & consentiente eo, cui adimitur, hoc illud est, quod ad hoc edictum non pertinet: etsi maxime vindicatur aliis legibus. In hoc genere sic vis est ad alienas res adimendas. Aut enim eripiuntur res mobiles, aut in rebus immobilibus adimitur possessio, vel in totum, quod fit deiectis veteribus possessoribus, aut non praestita ea possessione, quam nos iure nostro adipisci leges volunt: vel ex parte, dum minuitur, vel inquietatur ea possessio quam retinemus. Quae singula quibus actionibus & interdictis vindicentur, supra exposuimus. Rebus ereptis actio est vi bonorum raptorum. Vetere possessore deiecto interdictum unde vi. Non praestita possessione interdicta adipiscendae possessionis. Possessione inquietata, interdicta possessionis retinendae; Uti possidetis, utrubi, interdicta de servitutibus, Quod vi aut clam, de arboribus caedendis. Hinc ex his quae varie vis efficit, nomina vulgo indita ad ea genera distinguenda; non omnino male. Nam primam illam vim vocant ex re ablativam seu ereptivam: secundam expulsivam: tertiam turbativam seu inquietativam. Quarum unaquaeque ut intellectum est, suis propriis vindicatur actionibus, hnc edicto non continetur, quia ea maleficia ab eo qui vim patitur, nihil ad ademptionem gesti habent. Quod gestum hoc edictum exigit. Quod si quid ab aliquo consentiente gestum erit, sed prius vi compulso, ea demum vis est secundi illius generis, quae vindicatur hoc edicto: quae item ex re vulgo vocatur compulsiva. Genera haec notata apud Accursium ad *L. exstat. D. quod met. cau.* Atque ut haec vis compulsiva coercetur hoc edicto: ita est & huius edicti propria nec ad superiores actiones interdictave pertinet. Itaque si vi a te compulsus possessionem fundi aut aedium tibi tradidero; etsi eo facto non minus, immo magis amitto possessionem, quam si vi deiectus essem; tamen in hanc rem locum non habet interdictum unde vi, sed transeundum erit ad hoc edictum. *L. si rerum, §. D. unde vi.* Scilicet quia gestum etsi vis accesserit, ad caussam huius edicti solum pertinet.

XIX. Ex hac caussa est auxilium huius edicti adversus vim & metum, ut quod metu amissum est, restituatur vim passo. Id quale sit, ex genere auxilii intelligetur. Eius vindicandi recuperandive caussa quod metu gestum & extortum est, duplex est via hoc edicto constituta: restitutio in integrum, item actio quod metus caussa. Utraque via sic proposita metum passo, ut utra ex his experiri velit, haec illi pateat. Hoc in *L. si mulier, §. ult. D. quod met. caus.*

XX. Restitutionem veteris iuris atque actionis pollicetur praetor initio his verbis. *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo.* Si ratum non habet praetor quod gestum est, sequitur videlicet ut actio vetus & ius idem metum passo integrum maneat. Haec enim omnia integra illi essent, si per metum non essent amissa. Et vero ex hoc edicto postulari, tribuive in integrum restitutionem diserte scriptum est in *L.* 9. *§. sed quod praetor, D. quod met. cau.* quod non aliunde, quam ex superioribus verbis efficitur. Ergo his verbis hoc continetur, ut quae actio metum passo futura esset, quaeve defensio, ea omni recte utatur & postquam per vim & metum quid amisit, rescisso eo a praetore, quod gestum est. Ea autem actio atque defensio ita futura est, ut fuit id quod amissum proponitur. Dixi initio in eo quod geritur, unumquemque aut alienare suum, aut debitorem liberare, aut aliquid alteri promittere, quo obligetur. Ut fuit

ergo caussa metum passi in his omnibus ante amissionem ita erit & [15] restitutio: Quod ita eveniet in singulis. Si quis quid suum metu alienavit, ei ei in rem actio ad rem alienatam vindicandam rescissa alienatione. *L. metum*, 9. §. *volenti*, *D. quod met. cau.* quia si rem suam non alienasset, eadem illi competitura esset actio, utpote domino. *L. in rem*, *D. de rei, vind.* Et hæc est in rem actio, quæ dicitur hic quoque dari secundum formam perpetui edicti domino rem suam vi distrahere coacto, in *L.* 3. *C. eod.* Si quis debitorem suum liberavit metu coactus, ei actio est in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione, ut est in *d. L.* 9. §. *volenti*. Actionem in personam accipe eam quæ acceptilatione aut alia liberatione non interveniente futura esset creditori, & nunc rescissa alienatione restituitur. Huc enim redit rescissa alienatio, ut nec intervenisse videatur. Quod non alio spectat, quam ut per hanc rescissionem integra maneat prior actio. Quod si quis quid promiserit metu, sic consequitur in eo integram caussam & ius pristinum sine facto creditoris, si exceptione adversus actionem summo iure natam defendatur. Hac enim exceptione constituitur actio irrita, id quod prætor hoc edicto pollicetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Et hæc exceptio illi prodita est ex hoc edicto. *d. L.* 9. §. *sed quod prætor, quod met. cau.* Estque hæc exceptio quæ dicitur exceptio metus caussa, ut in *L.* 4. §. *pen.* *D. de dol. mal. & met. exc.* vel *quod metus caussa, ut Inst. de exc.* in pr. quibus locis & de hac exceptione agitur. Quæ sit ista actio in rem, & in personam, quam diximus, quæ hic persecutio & condemnatio esse debeat, cui detur, & adversus quos, quærendum anxie hoc loco non est. Cum enim ope prætoris reddatur ea quæ prius fuit, nempe hic eadem conditio actionis, eadem potestas iudicii & condemnatio futura est. Ergo in rem actio metum passo ut domino dabitur, & dabitur adversus quoscumque rei possessores, quæ conditio est omnium actionum in rem. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Persecutio & condemnatio ea, quæ describitur in *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* In personam autem actio dabitur ei adversus veteres debitores eius rei omnis persequendæ caussa, quæ prius deberi constabat.

XXI. Monendi tamen sumus inter has actiones restitutas, & veteres illas, quæ ante alienationem liberationemve fuerunt, esse aliquid non solum in subtilitate iuris, sed etiam quod in re interest. Subtilitate quidem iuris hoc interest, quod veteres fuerunt directæ: restitutæ sunt cæteris rebus eædem; sed utiles. Sic vocantur in *d. L. si mulier*, §. *ult.* *D. quod met. caus.* Et hoc est ante quam dominus metu coactus rem suam alienaret, quæ competebat ei actio in rem, competebat vero domino, nondum scilicet dominio amisso; & quæ creditori competebat actio nondum debitore liberato, ea competebat creditori vero adversus verum debitorem. Proinde utraque utrique ex ipsis verbis legis recta & directo. At re alienata dominium veteri domino amissum est, rei translatione, §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* atque una in rem actio, quæ domino competit, *d. L. in rem*, *D. de rei vind.* debitore liberato etiam obligatio & actio creditori amissa est, quæ omnis solutione & acceptilatione tollitur, *Inst. quib. mo. tol. ob.* in pr. & §. *item per*. Sic autem ius est, ut amissa semel actio in perpetuum non restituatur. *L. qui res*, §. *aream*, *D. de sol. L. Mevius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. Ita actio restituta non potest esse directa illa, quæ prius fuerat. Sed est utilis, id est sic eadem, ut tamen non detur verbis legis, sed sententia, prætore mentem legis ita interpretante, quasi auctor si consuleretur, ei qui metum passus esset, veterem actionem non denegaret: quia fit contra bonos mores vim & metum comprobare. *L. nihil consensui*, *D. de reg. iur.* Vocamus autem utiles actiones eas, quæ cessantibus verbis legis, indicuntur iurisdictione & sententia. §. *ult.* *Inst. de leg. Aquil.* Sed hæc in verbis differentia est. In re quamdiu utilis competit, hæc subtilitas supervacua est: cum utraque actio directa & utilis eiusdem potestatis sit, eumdemque habeat effectum, (ut de his totidem verbis scriptum est in *L. actio*, *antep. D. de neg. gest.*) Sed hoc, inquam, ita, dum utilis statim competat, & detur simpliciter. Quod non fit in his utilibus, quæ post rem metu gestam competunt. Atque hinc est etiam in re, quod inter has intersit, & eas quæ metu sunt amissæ.

XXII. Nam quæcumque hic utilis datur veteris actionis loco, datur [16] ex restitu-

15) Ex restituta actione agens, petit tantum quod ex ea olim competebat antequam amitteret, non autem quadruplum, Duar. *h. t. C.* 1.

16) Ant. Fab. *ad L.* 9. §. 4. *hoc tit.* Quæ res in bonis esse desiit, ea rescissa per Prætorem beneficio restitutionis in integrum traditione vel alienatione, incipit rursus fieri in bonis. Nec veteribus actione antea experiri licet quam post restitutionem.

stitutione & rescissione prætoria constituta hoc edicto, ut indicant verba edicti. Idque ita declaratur in *d. L.* 9. *§. sed quod prætor. L. volenti. L. ult. §. pen. D. quod met. cau. L.* 5. *C. eod.* Declarat & definitio in integrum restitutionis. Est enim in integrum restitutio amissæ rei & caussæ redintegratio. *L.* 1. *C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.* In his autem quæ per metum gesta sunt restituendis eiusmodi redintegratio est amissæ rei ex hoc edicto. Rem quidem metu amissam iam ante ostendi. Nam dominus qui rem suam tradidit alienandi caussa, dominium amisit translatum in alium. *d. §. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Qui debitorem liberavit, liberatione amisit actionem, *d. §. per acceptilationem, Inst. quib. mod. toll. obl.* Nec obstat, quod metu coactus dominus aut creditor id fecit. Nam ut dixi initio, etsi nisi cogeretur nollet, tamen coactus voluit. *L. si mulier, §. ult. quod met. cau.* Quare si & hic ita gestum restituitur, aperte hic subest amissæ rei redintegratio. Quo fit, ut & insit in eo in integrum restitutio. Habet vero hæc restitutio duo, quæ actionem utilem ex restitutione competentem separent a vetere illa prius amissa. Primum hoc significat, utilibus istis actionibus incipere agi non posse, nisi intra quatuor annos ex quo res metu gesta est. Quia agi his non possit nisi restitutione præcedente. Id autem tempus quatuor annorum præstitutum est constitutione Iustiniani implorandis omnibus in integrum restitutionibus. *L. ult. C. de temp. in int. rest.* At directa si post metum perseverasset, ea perpetuo uti liceret, sicut & ante licuit. Alterum eodem verbo continetur, ut quemadmodum qui metu rem alienavit, eam rem consequitur restituta actione in rem: ita simul si quid ipse in negotio gerendo eo nomine acceperit, restituere cogatur. Id efficit, inquam, verbum restitutionis, cuius vis est ea, ut unusquisque id est & qui restituitur, & is adversus quem restitutio est, in integrum ius suum recipere debeat. *L. quod si nolit, §. pen. D. de min.* Propone ergo eum qui metu coactus rem suam alienavit, eam vendidisse & tradidisse, sed pretio accepto, de quo in venditione extorta convenerat. Poterit quidem is ex hoc edicto rem suam vindicare rescissa alienatione, ut diximus: sed hac lege, ut ipse quoque pretium reddat ei, qui metum intulit, nec aliter rem suam recipiat. Quod diserte traditum est in *L.* 3. *L.* 4. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt.* Non idem imponeretur domino rem a se non alienatam vindicanti. Huic ius est rem suam a possessore vindicare etiam non oblato pretio, quanti possessor ab alio bona fide emerat. *L.* 3. *C. de rei vind.* Merito. Hic etiam dominus nihil gessit quo rem suam consensu suo amitteret, ut ei restitutione in integrum sit opus. Sed nec pretium acceperat: ut iniquum sit cum iure suo utentem alienum factum luere, & quod non accepit, præstare. Qui autem re a se vendita restituitur, pretium accepit, iure ergo hoc reddit, qui irritam venditionem fieri postulat. Et si dubitemus, efficitur verbo restitutionis, & rescissionis, quam dicimus ex hac parte edicti constitui.

XXIII. Atque hæc vetus actio est restituta hoc edicto: via illa prior, quam hoc edicto constitutam esse diximus, eius quod per metum amissum est, recuperandi caussa. Altera via est, ut proposui, eodem edicto comparata & eodem pertinens; actio scilicet nova propria huius edicti; quæ dicitur quod metus caussa. *d. L. si mulier, §. ult. quod. met. cau.* In utraque parte actio: sed ex priore ad restitutionem rei gestæ non una; sed alias in rem, ubi res alienata est: alias in personam, cum debitor liberatus est: alias pro actione exceptio, ut fit, cum quis metu se obligavit. Quippe restituitur vetus actio: quam proinde restitutam talem esse oportet, qualis fuit ante quam esset amissa. Hæc autem nova quod metus caussa, una est, adversus eos qui metum intulerunt, & ad quos ex ea caussa quid pervenit: quodcumque tandem est, quod vi metusve caussa amissum sit; quicunque is qui metu quid amiserit, sive dominus rem suam alienando, sive creditor debitorem liberando, sive quis oneri quo non tenebatur, se subiiciendo. Est enim actio in personam. *§. præterea, Inst. de act.* Proinde proposita vi læso, quacunque in re læsus sit, adversus omnem, qui ex ea caussa sit obligatus. Adversus quem & eo nomine solum agitur, ut est omnium actionum in personam conditio. *L. actionum, D. de obl. & act.* Et quoniam oritur omnis obligatio ex una aliqua earum caussarum quatuor, quas posuimus: ex qua sit hæc obligatio atque actio, non est obscurum. Cum enim nascatur ex vi, non dubium est, quin utraque sit ex maleficio. Est enim vis maleficium improbius, quod nec abest a scelere. *L. unica, C. ex del. def. L.* 2. *§. cæterum, D. vi bon. rapt. Inst. eod.* in pr. & facinus nominatur in *L. item, §. quod si homo, quod*

met. cau. ut merito isti obligationi & actioni hic debuerit adsignari locus.

XXIV. Quæ contineat hæc actio ad iuris sui persecutionem tum in re quam persequitur, tum in personis inter quas constituta est, hæc sunt. Si de re quæritur, datur hæc actio, ut quod metus caussa abest, id omne restituatur vim passo. Ni restituatur arbitrio iudicis, tum eo nomine fit actio & condemnatio adversus non restituentem quanti ea res erit in quadruplum intra annum utilem: post annum in simplum, caussa tamen cognita. Has partes paucis exsequamur.

XXV. Primum actio est de eo quod abest. *L. sed & partus*, §. *ult. L. item si*, in pr. *D. quod met. cau.* Petitio & persecutio, ut quantumcumque idest ex eo tempore, ex quo vis illata est, restituatur arbitrio iudicis. *L.* 9. §. *ult. L. item si*, §. 1. *D. eod.* Videndum, quid contineat hæc restitutio, ut si restituat reus, quod satis est, absolvatur: si non restituit, sequatur ea condemnatio quam diximus. Et restitutionem rei amissæ convenientem esse oportet. Ut igitur amissio fuit, ita erit & restitutio. Iam dixi aliquoties ita esse amissionem ex metus caussa, ut unusquisque qui cogitur quid gerere, aut alienet quid de suo, aut debitorem liberet, aut se obligationi alicui subiiciat.

XXVI. Si quis metu coactus rem suam alienavit, hæc erit restitutio, ut res ablata integra restituatur una cum omnibus accessionibus atque omni caussa, itemque omni iure rei si quod alienatione facta amissum est. Res ablata sic restituitur, si ut tradita est, ita veteri domino retradatur. *L.* 9. §. *ex hoc edicto*, *D. eod.* Scilicet ut traditione nova recipiat vetus dominus dominium & possessionem, quæ per metum amiserat. Traditione enim dominia transferuntur. Et quoniam non videtur res restitui, quæ deterior redditur *L.* 3. §. 1. *D. commod.* inest etiam in hac restitutione, ut integra qualis accepta est, reddatur: nec liberetur reus, qui metum intulit, si deteriorem factam offerat. De quo si semper constaret; res esset expedita. Aut enim sciens actor talem reciperet; & reus hoc facto liberaretur, vel solutione, quæ tollit omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. vel satisfactione, quæ pro solutione habetur, *L. satisfactio*, *D. de sol.* aut sciens talem recusaret accipere, & certum esset eum non satisfacere restitutioni. Nunc autem fieri potest, ut res offeratur re ipsa deterior, sed vitium non appareat; ut in speciem nihil adferatur idoneum ad recusationem. Quid enim, si actor animal ablatum infecerit veneno? si in fundo ablato radices arborum aut plantarum mala aliqua re corruperit. Ideo ad iustam restitutionem rei hoc etiam exigitur, ut qui vim intulerat, repromittat de dolo, ne forte deterior res sit facta. *d. L.* 9. §. *ex hoc edicto*. Cautio ea est, ut caveat nihil se in ea re dolo fecisse, quo fieret deterior; si quid factum sit, quod emergat postea, se præstiturum. Cautio veteri domino non tantum adversus metum huius periculi utilis, sed etiam necessaria; quia alioqui si res simpliciter restitueretur, & ea restitutione contentus esset actor, liberaretur reus aut solutione, aut satisfactione, ut ante dixi. Accedere debent ad rei restitutionem commoda omnia quæ ex re percipi potuerunt, ideo amissa, quia dominus re sua caruit. In quibus sunt, partus ancillarum, fœtus pecorum, prædiorum fructus, & omnis [17] caussa quæ rem non amissam secuta esset. Ut est in *L. sed & partus*, in pr. *L. item*, §. *quadruplatur*, *D. quod met. cau.* In fructibus autem venient ii, non solum qui percepti sunt ab eo, qui metum intulit, sed & quos actor percipere potuit, & per mortem impeditus est. *d. L. sed & partus*. Iura quoque si qua cum re amissa sunt, hac restitutione continentur. Servitutes puta aut ususfructus. *d. L.* 9. §. *ex hoc edicto*, in fin. *quod met. cau.* Servitus fundo per metum alienato sic amitti potest, si is cuius fundo servitus viæ aut itineris debebatur, metu coactus fundum vendiderit & tradiderit ei, qui eam servitutem debebat. Isto enim modo evenit, ut qui metum intulit, incipiat utriusque fundi esse dominus & servientis & dominantis. Quod cum fit, confusione tollitur servitus. *L. si quis ædes*, *D. de ser. urb. præd.* Si quid ergo tale contigerit, novus dominus una cum fundo servitutem restituet. *d.* §. *ex hoc edicto*. quod ita faciet, si iterum eam fundo suo nominatim imponat. *d. L. si quis ædes*. Ususfructus rei alienatione sic potest amitti, si nudæ proprietatis dominus metu coactus fundum aut ædes alienarit, & inter moras restitutionis fructuarius decesserit, aut aliter amiserit usumfructum. Nam hic amissus redit ad proprietatem, proinde ad eum qui alienatione nudæ proprietatis dominus esse cœperat. §. *finitur*, *Inst. de usuf.*

17) De quo vid. Io. Cop. *Lib.* 4. *de Fructib. Tit.* 1. *C.* 3.

usus. Ita fit, ut veteri domino amittatur hoc ipso, quod proprietas ei amissa est, quam alioqui ususfructus iste esset secuturus. In hac caussa sic fundus restitui debet, ut non solum restituatur proprietas, quæ per metum ablata est, sed etiam ususfructus, qui proprietati accesserat, postquam & hic veteri domino propter alienationem amisus est.

XXVII. Quod si quis creditor metu coactus debitorem suum liberarit, restitutio hæc erit, ut restituatur in pristinum statum obligatio, quæ præcesserat, *d. L. 9. §. ex edicto, quod met. cau.* Et quidem adversus se id ita debitor faciet, si stipulanti promittat, quod prius debebat quando stipulatio certum vinculum est adstringendæ obligationis iure civili. *§. de constituta, Inst. de act.* Sed hoc ita, si creditor metum passus patiatur adhuc differri solutionem. Quod si sibi statim solvi volet, necesse habebit reus ad iustam obligationis restitutionem aut statim solvere, si fateatur se ante debuisse; aut si neget, statim ex vetere obligatione iudicium accipere. Hoc ad istam sententiam in *d. L. 9. §. ex hoc edicto, quod met. cau.* Neque vero qui metum intulit, adversus se solum restituere obligationem debet; sed omnem redintegrare, quæ eadem liberatione amissa est. Itaque si proponas liberationem intervenisse ab eo creditore, cui fideiussores dati erant & pignora: quoniam debitore liberato hoc evenit, ut omnes istæ accessiones una liberarentur: *L. in omnibus speciebus, D. de sol.* hoc ab illo exigemus, ut fideiussores vel eosdem vel alios non minus idoneos adhibeat; præterea ut & pignora quæ data erant, restituat in eamdem caussam. *L. illud, D. quod met. cau.* Idemque eveniet in fideiussore, ut si metum intulit, ut accepto liberaretur, quo facto & reus principalis liberatus est, etiam adversus reum ipsum cogendus sit actionem restituere. *L. 9. §. ult. quod met. cau.*

XXVIII. Quod si quis quid promiserit, aut quovis alio modo obligationi qua prius non tenebatur, se subiecerit metu coactus, potest is si velit, contemnere eam obligationem: quippe qui quandocunque ex ea caussa convenietur, tutus futurus est exceptione quod metus caussa, ut supra diximus. Sed tamen quia hæc exceptio ignorari potest ab eius heredibus, potest & ab his qui negotia eius gerant: si ob id sibi expedire putat potius in præsentia liberari, & totam illam cautionem evanescere, id quoque consequi potest hac actione. *d. L. 9. §. sed quod prætor, eod.* Quo casu hæc restitutio esse debet, ut obligatio præcedens accepto feratur. *ead. L. 9. §. ex hoc edicto.* Idque iuxta formam in hac re traditam in *§. item per, Inst. quib. mod. tol. obl.*

XXIX. Sed quæcunque hic restitutio est, quam persequitur hæc actio, ea iniungitur arbitrio iudicis, non sententia. Arbitratur prius iudex, id est iubet, rem ita restitui, uti supra scriptum est, prout unaquæque species amissæ rei ex superioribus exigit. Et ad eam restitutionem præfinit tempus, quantum videatur esse satis. Intra quod si res non restituitur, uti reus iussus est, sequitur sententia & condemnatio propria huius actionis atque edicti. *L. illud, §. 1. L. item si, §. 1. §. hæc autem, §. pro eo,* illic, *hæc si D. quod met. caus.* Unde hæc actio arbitraria dicta, *ead. L. item, §. hæc autem.* Et recte. Hinc enim apparet condemnationem, atque adeo totam sententiam iudicis in hac actione ex hoc arbitrio pendere: ubi scilicet reus restituere iussus, si paret, absolvitur; si non paret, incidit in condemnationem edicti. *d. L. item, §. 1. & §. hæc autem.* Definimus autem arbitrarias actiones eas, quæ ex arbitrio iudicis pendent. *§. præterea, Inst. de act.* Id est eas in quibus condemnatio aut absolutio iudicis pendet ex eo, utrum arbitrio iudicis pareatur, an non pareatur; illinc proposita absolutione; hinc condemnatione. Condemnatio autem huius actionis propria adversus eum, qui arbitratu iudicis non restituit, ea est quæ constituitur edicto, ut sit iudicium, & sententia summa adversus eum in quadruplum, in quo quadrupletur omne, quod restitui oportuit, & ut est in edicto, quanti ea res erit. *d. L. item, §. 1. §. hæc autem, §. quadruplatur, D. quod met. caus.* Sic tamen in quadruplum, ut in hoc quadruplo simplum insit. *d. L. item, § quadruplatur,* in fin. *§. quatenus, §. item actio, Inst. de act.* Sed & hoc quadruplo illud datum reo, ut si eo qui vim intulerat condemnato, sine dolo & culpa eius res ablata perierit, idque [18] intra tempora iudicati, hoc

18) Secus si ante sententiam *d. §. 11.* verf. *hæc si post.* Quia post sententiam transfusa est prior actio in actionem iudicati *L. 16. § 6. de pig.* In iudicato autem faciendo condemnatus non fecit moram. Liberatur igitur per interitum præstatione rei, quæ quadruplo inest. Unde superest tripli pœna, ita Govean. *1. Var. Lect. 11.* Quæ ratio displicet Henr. a Suerin. *Repet. Lect. C. 36.* quem adi. & Duar. *h. t. C. 4.* Verissima videtur ratio Marc. Lycklamæ *Lib. 7. Membran. Eclog. 1. p. 114.* quia ante sententiam tripli pœnæ locus non est. Si itaque liberaret tunc interitus, metus

hoc casu a rei condemnatione liberetur ideo, quia tripli pœna propter facinus satisfacere cogitur. *d. L. item*, §. *quid si homo*, *D. quod met. cau.* Sed hæc actio in quadruplum proposita tantum intra annum utilem, id est quo experiundi potestas est. Post annum autem [19] in simplum. *d. L. item*, §. 1. §. *in caussæ*, *L.* 4. *C. eod.* At hoc simplum quomodo æstimamus? Et hoc animadversione dignum est, non ita æstimari hoc simplum, ut prius cum placet id quadruplari. In eo quadruplo quadruplatur simplum, quanti res est, quæ restitui debet, id est quanti vere est, & quanti interest actoris metum non pati. *d. L. item*, §. 1. §. *quadruplatur*, §. *ult. D. eod.* At cum post annum ad simplum ventum est, in quo id agitur, ut quod per vim amissum est, restituatur; nisi id arbitrio iudicis restituitur, sequitur quidem condemnatio quanti ea res est, sed quanti est iureiurando actoris æstimata. Sic Paulus in *L. arbitrio*, *D.* de dol. *nisi restitutio fiat*, inquit, *sequitur condemnatio, quanti ea res est*. Et addit. *Ideo autem & hic* (in actione de dolo) *& in metus caussa actione certa quantitas non adiicitur, ut possit per contumaciam suam reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit*. Nihil hic proprium harum actionum, sed commune est omnium, in quibus quid arbitrio iudicis restitui debet, neque restituitur dolo malo, aut per contumaciam *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.* Sed & hæc ipsa actio in simplum quæ post annum datur, non simpliciter proponitur, sed caussa cognita. Quod ita acceptum est, ut si alia sit actio, hæc non detur. Hoc in *d L. item*, §. 1. & §. *in caussæ*. Ubi quæ, & quando alia possit esse actio, explicatur. Eadem sententia comprehensa in *L.* 4. *C. eod.*

XXX. Hæc de re & persecutione huius actionis propria. De personis eorum quibus, & adversus quos est actio, ita ius est. Competit ei, cui quid per metum abest; nec aliam significationem habet, quod dicitur, naturam huius actionis damnum exigere. *L. sed & partus*, §. *ult. L. item*, in pr. *D. quod met. cauf.* Adversus quos autem datur, in his nonnihil singularis iuris observandum est. Illud quidem constat hanc ratione iuris communi recte constitui, sicut & maxime constituta est, adversus eum qui metum intulit. Is est enim, qui deliquit, & quem hic palam est ex delicto esse obligatum. Recte autem omnis actio in personam adversus eum qui obligatus est: nec vero esse potest iure communi adversus alium. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Quo loco recte monemur, adeo hunc qui vim fecit, teneri hac actione, ut ad eam rem nihil referat, exstetne res ablata, an quovis casu perierit. *L.* 1. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt*. Pertinet enim hoc ad constitutionem certi iuris, culpa, cuius pars est mora, perpetuari obligationem: ut si res debitoris mora perierit; nihilominus tum teneatur, quam si res exstaret. *L. si ex legati*, *L. si servum*, §. *sequitur*, *L. si rem*, §. 1. *D. de verb. obl.* Convenit autem inter omnes, & fures, & raptores, & qui ex maleficio alieni quid obtinent, ex ipso tempore delicti perpetuo moram facere, atque adeo plus quam frustratores debitores videri. *L. ult. D. de cond furt. L. ult. D. unde vi.*

XXXI. Hoc ergo totum hactenus secundum regulas & principia iuris de obligationibus & actionibus in personam constituti. Hoc singulare ius in hac actione, quod placet eam non minus dari adversus omnes, ad quos quid vel rei, vel lucri ex metu illato pervenit, quanvis omni crimine careant. *L.* 9. §. *ult. L. item*, §. *in hac*, *D. quod met. cau.* Sit exempli gratia extraneus emptor, qui rem metu extortam ab eo qui metum intulerat, bona fide emerit; etiam adversus hunc recte hac actione agetur. *L.* 3. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt*, *d. L. item*, §. *in hac*, *D. eod* Sit fideiussor, qui ex facto debitoris metum inferentis liberatus sit vel ignorans; etiam adversus fideiussorem agi poterit, ut se reponat in obligationem. *L. illud*, *D. eod.* Sic & fideiussore vi liberato, ubi & reus liberatur una, etiam adversus reum eadem competet actio. *d. L.* 9. in fin. Quod cum dicimus, etiam hoc dicimus actionem quod metus caussa adversus hos omnes competere cum suis conditionibus, id est ita, ut si iussi restituere quod habent, non restituant, condemnetur in quadruplum intra annum. *d. L.* 9. §. *ult. L. item*, §. *in hac*, *D. eod.* Et si quidem aperte de his ita comprehensum esset edicto, minus dubitaremus. Nunc autem nihil de his edicto expressum esse declarat Iuliani sententia, qui fideiussore per vim acceptilatione libe-

tus impunis relinqueretur. Sane Ant. Fab. *in Rational. &* 26. *Conject.* 19. §. 10. *&* 11. *d. L.* 14. totam Triboniano adsignat, cui satis occurrit accurate refellens Lycklama *d. lo*,

19) Et tunc perpetua est, nec ei decennio aut vicennio sed 30. annis præscribitur, ut Plancentin. contra Accurs. ref. A. Fabro *ad L.* 21. §. *pen. h. t.*

liberato, negabat in reum qui una liberatus esset, restituendam esse actionem. *d. L.* 9. in fin. Quod ille non fecisset, si verbis edicti proposita esset actio nominatim adversus eos, ad quos ex metu aliquid pervenisset. Et tamen hoc ita acceptum est a veteribus, ut *ibidem* declaratur. Unde igitur sumptum? nec temere quaeritur. Non enim ratione iuris communi id effectum est; cum regulae iuris refragentur, quibus efficitur, ut quaecunque ex delicto actio est, sit adversus eum, qui maleficium admisit; non item adversus alios qui sine delicto aliquid lucri inde senserunt. Exemplo est actio de dolo, quae quanvis ex consimili genere delicti, tamen non adversus alium datur, quam cuius dolo factum est. *L. sed & ex dolo, §. ult. D. de dol.* Et sumpserunt hoc veteres ex verbis edicti, non expressis illis quidem in eam rem, sed vi ipsa satis id significantibus. Est enim, inquiunt, haec actio in rem scripta, *d. L.* 9. *§. ult. D. quod met. caus.* Idque ita interpretatur Ulpianus, propositam edicto ita, ut praetor generaliter eam, & in rem ipsam quae metu gesta est, proposuerit, nec adiecerit a quo aut cum quo gesta sit: ut intelligeremus cum actio personam vim facientis non coerceat, hanc sententiam esse praetoris, ut adversus omnes restitui velit, quod metus caussa factum est. Haec Ulpianus ad hanc sententiam in *d. L.* 9. *§.* 1. in pr. & *§. ult.* in pr. Verba edicti ita esse satis indicant, quae sunt initio, Non enim ait praetor, quod metus caussa gestum erit, adversus eum qui metum adhibuerit, ratum non habebo, aut actionem dabo: sed generaliter & de re gesta duntaxat. Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo, de eo iudicium dabo, ni restituatur. Atenim diserte traditur in *§. praeterea, Institution. de act.* actionem quod metus caussa esse in personam, non in rem. Hoc non negat, qui in rem scriptam esse dicit. Aliud est enim actionem in rem dici simpliciter, aliud in rem scriptam. Priore conceptione significatur actionem esse in rem, genere distincto ab eo, quod vocamus in personam. Posteriore designantur actiones maxime in personam, sed indefinite adversus rem gestam scriptae, nulla persona expressa adversus quam gestum retractetur. Et generaliter sic est usus veterum, ut dicant actionem, pactionem, legem in rem scriptam aut conceptam esse, dum hoc volunt intelligi esse scriptam aut conceptam generaliter de re de qua agitur, sine designatione ullius personae, ad quam actio, pactio, lex [20] dirigatur. De actione indicatur in hac ipsa de qua agimus, in *d. L.* 9. *§.* 1. & ultim. de pactione, in *L. iurisgentium, §. pactorum, D. de pact.* de lege aut edicto in *L.* 5. *§. ult. D. quibus ex cau. in poss. eat.* Scripsi de eo plura ad *§.* 1. *Institution. de act.* Et sint sane verba edicti ista sententia quam diximus.

XXXII. Sed de re ipsa exoritur ex adverso ratio, quae efficiat hanc actionem aut non competere ex edicto adversus eos, qui metum non intulerunt, ut veteres sunt interpretati, aut certe poni non debuisse, ac proponi iniquum esse. Primum nulla est actio ex delicto, nisi adversus eum qui deliquit. Neque enim dici potest ex delicto esse, si agitur cum eo qui nihil deliquerit. At non deliquit, quo ignorante nec mandante, aut ratum habente metus illatus est. Non igitur potest aut debet adversus eum constitui quod metus caussa actio. Neque vero ex alia caussa esse potest adversus eum, qui neque contraxit, neque quasi contraxit cum eo qui metum passus est, neque quasi delicto illi nocuit. Accedit alia sententia iuris certi, omnem poenam tenere debere suos auctores, nec longius progredi, quam delictum. *L. sancimus, C. de poenis.* In proposito autem solus deliquit, qui metum intulit, & actio de qua agitur poenam continet. Quare huius actionis poena ad eos qui metum non intulerunt, pertinere non debet. De utroque sic breviter respondemus, superiores sententias ut iuris certi ratas haberi debere; sed nihil hic peccari adversus eas, cum actio quod metus caussa datur adversus eos, ad quos res metu ablata, aut lucrum aliquod ex eo metu pervenit, quanvis metum non intulerint. Nam & hi delinquere a praetore existimantur. Non delinquunt ab initio; sed tunc incipiunt id facere, cum conventi de eo, quod ex caussa metus consecuti sunt, id metum passo non restituunt. Sic enim vi extortum retinent, & hactenus vim probant. Hoc in his quae metus caussa gesta sunt, pro delicto a praetore habetur, ut vis inhibeatur; quae singulorum saluti & tranquillitati insidiatur, & hanc stare non patitur. Quae eadem turbas & seditiones inter cives excitans statum publicum convellit, ac saepe Respublicas bene constitutas evertit. Ideo sic vis & metus existimatur

20) Ita & Duar. *h. t. C.* 3. scribens falso quosdam actionem in rem scriptas a personalibus & realibus distinguere. Donellus noster *ad §.* 1. *I. de act. n.* 9. *&* 10. *Pac.* 2. *gl.* 22. quia & hoc modo doli clausula in rem scripta dicitur *L.* 5. *Usuf. quem. cav.*

matur esse contrarius bonis moribus, ut hoc ipsum habeatur contra bonos mores metum illatum comprobare.

XXXIII. Dissimiliter tamen tenentur hac actione, qui metum intulit, & qui ab eo rem comparavit bona fide, eaque differentia est duplex. Prior tenetur semper, etsi res vi ablata casu interciderit. *L. 1. C. de his quæ vi metusve caus. gest. sunt*, *L. 9. §. pro eo* illic, *hæc si post*, *D. eod.* quia is perpetuo moram faciat; mora autem perpetuam fecerit obligationem, ut ante dixi. *L. ultim. D. de cond. furt. L. pen. D. unde vi*. Bonæ fidei emptor non tenetur, si prius quam cognosceret rem metu esse ablatam, ea sine dolo eius perierit. *L. item*, *§. aliquando*, *D. eod.* Nam si de actione in rem quæritur, hac non tenetur, qui neque possidet, neque dolo desiit possidere. *L. qui petitorio*, *D. de rei vind.* Si de actione in personam, quæ ex obligatione est, ea actione liberatur omnis debitor interitu rei debitæ, qui sine culpa eius contigerit, *L. si*, *ex legati*, *D. de verb. obligat. L. quod te*, *D. si cert. pet.* Sed & qui metum intulir, rem possidens nulla præscriptione longi temporis se tueri potest adversus actionem, quæ eo nomine intenditur. Si agitur in rem utili rescissoria: nihil prodest ei longi temporis possessio ad acquirendam præscriptionem temporis; quæ iis solis competit, qui rem bona fide possederunt. *L. 2. L. 4. L. si fraude*, *C. de præscr. long. temp.* Si agitur in personam actione quod metus caussa: hoc genus actionum longi temporis præscriptione non summovetur. *L. hereditatis*, *C. de pet. her.* Qui autem ab eo bona fide rem accepit, si diu possederit, nihil obstat ei, quominus per longi temporis possessionem rem [21] adquirat. Et vero placet eum longi temporis præscriptione munitum conveniri non posse, idque ita diserte cautum esse in *L. 3. C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt*.

XXXIV. Et si quidem agatur cum bonæ fidei possessore actione in rem, omnes consentiunt eum hac præscriptione uti posse. An idem probandum sit, si agatur cum eo actione in personam quod metus caussa, duo dubium fecerunt, quæ obstare videntur: verba *d. L. 3.* item ratio iuris certi. Verba rescripti ita sunt, ut dicat Gordianus cum emptore bonæ fidei agi posse; ut reddito ei precio fundum emptum restituat; postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti; si modo qui secundo loco comparavit, longæ possessionis præscriptione non fuerit munitus. Quæ oratio ad actionem in rem conferri videtur. Quominus autem idem ad actionem in personam transferamus, prohibet illa ratio iuris certi; quia iam diximus placere, actionem in personam præscriptione longi temporis summoveri non posse. *d. L. hereditatis*, *C. de pet. her.* Sed nihil horum nobis oberit, quominus recte defendamus superius rescriptum ad omnem actionem pertinere, qua conveniatur iste emptor, & conventum adversus omnem eam actionem præscriptione longi temporis munitum esse. Nam quod in superiore rescripto dicitur eum eo emptore agi posse, ut rem prius metu ablatam domino veteri restituat, generaliter dicitur, nec adiicitur, qua actione utatur is qui metum passus est, aut heres eius. Quod autem subiicitur, quia placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti: non sic hæc verba accipi debent, ut intelligamus eam actionem dari, quæ dicitur in rem, distinguiturque ab actione in personam: sed ut significetur actionem dari, quæ rem sequatur, & propter rem eius rei possessorem, sive ea sit utilis in rem, sive actio quod metus caussa in personam. Idque satis declaratur, cum adiicitur hanc actionem in rem dari secundum formam edicti. Forma edicti hoc continet, ut actio de eo quod metus caussa gestum est, sit in rem scripta idque veteres constanter ita acceperunt. *d. L. 9. §. 1. §. ult. D. quod met. cau.* Ex quo usu & si quid in superiore rescripto ambigui est, interpretandum est, præsertim cum res ad formam edicti remittatur. Quod si aliter interpretantes verba urgere vellemus, diceremus superioribus verbis maxime utramque actionem significari tam in personam quam in rem: cum Gordianus non simpliciter dicat actionem in rem dari, sed actionem quoque in rem: ut sit sensus non solum actionem in personam; sed & in rem quoque. Sed nihil necesse est eo confugere, cum ex usu veterum perpetuo in hac actione satis prior interpretatio se ostendat. Neque vero quominus in hac specie adversus actionem in personam quod metus caussa, longæ possessionis præscriptionem bonæ fidei emptori demus, offendi oportet eo, quod traditur actionem in personam longi temporis præ-

21) Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 10. n. 14. actionem contra eum, qui metum incussit, diuturniorem esse (scilicet in simplum) quam contra eius singularem successorem.

præscriptione non summoveri. *d. L. hereditatis, C. de pet. her.* Hoc enim de iis actionibus dictum est, quæ ante præscriptionem competierunt. Quod si quæ ante natæ non sint, ac post præscriptionem longi temporis in re possessa quæsitam intentatæ summoveantur, hæ dici non debent præscriptione temporis summoveri, quasi ante natæ, sed propter præscriptionem quæsitam impediri, ne nascantur. Ac talis est actio quod metus caussa adversus eos rei ablatæ possessores, qui dolo carent. Tenentur isti hac actione: verum non statim, ut rem possidere cœperunt, sed ex quo interpellati & moniti rem esse ablatam, eam non restituunt. Neque enim ante quidquam deliquerunt, feceruntve, quo actione in personam tanquam obligati teneri possent. Quare si inter moras re longo tempore bona fide possessa possessionem longi temporis de re quæsierint, ut certe omni iure possunt; toto *Tit. C. de præs. long. temp.* apparet, si conventi hac actione postea removeantur, non ideo eos summoveri, quia actio præscriptione amissa sit, sed quia ante præscriptionem non sit quæsita: post autem quæri non possit adversus eum, qui iure civili dominus esse cœperit.

XXXV. Hæc dicta sunt de principalibus personis. De heredibus est id fragmentum, quod retuli initio. Id explicatur in *L. quod diximus, §. ult.* & aliquot, *LL.* seqq. *D. quod met. cau.* Sed hunc locum neque hic attingimus, neque attigimus ante in superioribus generibus obligationum, quia nobis constitutum est semel in commune dicere de actionibus hereditariis, ad quos & adversus quos transeant. Qui locus communis est omnium obligationum, non unius alicuius generis proprius. Et vero hæ heredibus, aut adversus heredes nascuntur ex aliis caussis, quam illis quatuor, quas supra posuimus: quoniam non principaliter & ex persona heredum existunt, sed ex persona alterius ad eos veniunt.

XXXVI. Ut autem de metu superior actio est quod metus caussa: ita & sola de his quæ metu extorta sunt. Itaque quanvis in iis rebus mobilibus quæ vi rapiuntur, & in his quæ vi extorquentur, adhibeatur vis non dissimilis; tamen sicut de ereptis non est hæc actio; sic nec de extortis actio vi bonorum raptorum, aut furti. Quæ sententia est. *L. item, §. antep. D. eod.* Vis quidem utrobique pariter: sed ablatio dissimilis. Illic res eripiuntur invitis: hic etsi extortæ, auferuntur tamen ei qui voluit, etsi ut vellet, sit coactus. *d. L. si mulier, §. ult. eod.* unde qui vim intulit, eum a domino volente rem sit consecutus, recte negatur raptor esse, ac proinde fur improbior, in *d. L. item, §. antep.* Nam hunc furem nec manifestum non esse nemo dubitat. De actione de dolo dubitatur, competatne & hæc de his quæ metu gesta sunt. In *d. L. item, §. pen.* scriptum est, eum qui metum fecit, certum esse & de dolo teneri, & consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita. Rursum edictum de dolo prohibet, quo ita proponitur actio de dolo, si nulla alia sit actio. *L. 1. in pr. & §. ait, D. de dol.* Id quale sit, in ea parte dicetur opportunius.

XXXVII. Sed hæ actiones adversus vim & metum illatum civiles sunt, & pecuniariæ. Cæterum vis etiam in crimen publicum cadit, vindicaturque legibus Iuliis publicorum iudiciorum de vi publica & privata. *L. sed & partus, in fin. D. quod met. cau.*



C A P. XL,

De concussione.

Concussio vi & metui affinis; sed tamen dissimilis. I. V.
Quid sit. Et quomodo minor metus concussionis sufficiat. II.
Metus autem publici magistratus imperio abutentis. III.
Vel etiam privati, simulato iussu magistratus, vel futuri iudicii iniecto terrore, aliquid extorquentis. IV.
De concussione agitur civili & criminali actione. Civilis quae. VI.
Criminalis duplex, & quae. VII.

I. Vis & metus species quædam est concussio: sed ab ea vi, quæ superius vindicatur, nonnihil dissimilis: contra bonos mores tamen. Ideo & vindicatur legibus sed propria actione: cuius vis hæc est, ut quemadmodum supra quæ per vim atrocem extorta sunt, sic & hac parte quæ extorta sunt per concussionem, restituantur.

II. Est autem [1] concussio id maleficii genus, cum metu potestatis publicæ nostræ vel alienæ, aut iudicii futuri illicite iniecto, aliquid extorquetur ab alio, id agente, ut alicuius rei præstatione se eo metu liberet. Definitio singulis partibus cognitis patebit. Concussio omnis est extorsio alieni adhibito ad auferendum iniusto metu. Indicat *L. 1. D. de concuss. L. illicitas, §. illicita, D. de off. præs.* Sed non quivis metus concussionem facit. Is metus huc pertinet, qui mollior est, & ab illo superiore recedens ex eo tantum nascitur, quod metuitur imperium & vis potestatis. Quod quibus in rebus positum sit, mox dicam. Prius monebo, quod ad hanc partem pertinet: quia in hac extorsione incidit ille minor metus, qui magis assiduitate quatiendi, quam impetu quid extorquet, hinc natum esse concussionis nomen veteribus. Metaphora ducta vel ab iis qui ædificium ruinosum concutiunt, ut quod inde ceciderit, auferant. Vel potius a furibus pomariis, qui quoniam fructus ex alienis arboribus adhibita mora legere non audent, ne in furto deprehendantur, arbores concutiunt, ut quæ poma ceciderint, statim & raptim inde auferant. Genus concussionis simillimum in iis, quæ metu potestatis iniecto extorquentur: sed mollius, & tamdiu velut quatiendo, donec ab eo qui concutitur, aliquid auferamus.

III. Est ergo concussio tunc solum, cum quid extorquetur metu potestatis publicæ, qui metus in superiorem aliquam speciem ex iis de quibus supra diximus non cadat. Eiusmodi metus est, cum magistratus, aut qui aliquo officio, munere, ministeriove fungitur, potestate sua abutens illicite aliquid imperat, quod pro potestate exsequi potest vel iniuria, & is cui imperatur, aliquid dat, ut imperium & metum eius periculi effugiat. Exempla hæc sunt: Si magistratus aliquis superior aliquid a privatis sub specie tributorum, ubi non licet, exigat. Ut indicatur in *L. illicitas, §. illicita,* in fin. *D. de off. præs.* Si magistratus licita negotiatione aliquem prohibeat, & negotiator pecuniam det, ut se ea interdictione liberet, *arg. in ead. L. illicitas, §. neque licita.* Si metator aliquis imperet hospitium pro his, qui in numero officiorum vel militum non sint, aut imperet iis, qui ab hospitibus recipiendis sunt immunes, & is cui illicite hoc imperatur, se ea molestia pecunia redimat. *d. L. illicitas, §. illicita,* & §. [2] *ne tenuis.* Si centurio iniungat militi aliquid ex iis operis, quæ tyroni [3] conveniunt, non militi, & miles det aliquid huius tyrocinii evitandi caussa. Qua in specie aperte concussio ponitur in *L. 3. C. de cond. ob. turp. cau.* IV.

1) Terror iniectus pecuniæ vel alterius rei extorquendæ caussa, Cuiac. *in Par. hoc tit.* vid. Menoch. *Cas.* 342. *n.* 10. *&* *seqq.* Damhuder. *Prax. crimin. Cap.* 129. Farinac. *Q. crimin.* 111. *Art.* 3.

2) *Ne tenuis vita hominis sub prætextu adventus officiorum vel militum luminis unico vel brevi supplectilis ad alterum usus translatis iniuria vexentur d. §.* 5. ubi pro *lumine*, *limine* reponit Zoan. *Restit. ad D.* C. 21. exponens id est, domuncula vili (quæ & domuscula & domuncio Apuleio Perot *Cornucop in* 2. *Martial.* licet Parthas. *Epist.* 37. in loco Apuleii *domuncionem* legere malit) & ita legit Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 28. Sed Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 29. vulgatam retinet, non tamen ut lumen candelam significet, sed cœnaculum ita angustum ut ei unicum lumen (id est fenestra *L. pen. de serv. rust. L.* 25. §. 2. *Locati*) sufficiat.

3) Nec enim tyronibus veterani exæquandi. Fr. Guicciard. *Lib.* 18. *Historia*. Non recte autem DD. vulgo *d. L.* 3. accipiunt de eo, qui pecuniam dedit ut militiam detrectaret, seu refugeret, ita enim utriusque ibi turpitudo verteretur, ut recte Rob. 1. *Sent.* 11. quanquam nec ei satis apte accipere videatur de eo, qui nondum deposito vel persoluto tyrocinio præmature in numeros data pecunia se referri expetat.

IV. Sed non solum si is qui aliquo munere & officio publico fungitur, aliquid ita imperet, & per metum potestatis extorqueat, concussio est: sed etiam si quis privatus simulato magistratus iussu per eam caussam aliquid auferat. *L. 1. D. de concuss.* Nam & hic iniicitur metus potestatis etsi alienæ, quod definitione complexi sumus. Adeoque metus publicæ potestatis quanvis a privato illatus valet ad concussionem, ut si quis cui minatus sit crimen seu accusationem, & ne accusaret, pecuniam acceperit: placeat cuiuscunque criminis sit accusatio concussionem admitti: quia & metum iniicit potestatis iudiciariæ. *L. 2. D. de concuss.* Et hæ sunt sordidæ concussiones privatæ, quarum mentio est in *L. 1.* in fin. *D. de calumniat.*

V. Ex his intelligitur, quam recte definierimus concussionem id esse, quod diximus. Simul & illud, concussionem omnem cum iis quæ per vim & metum extorta sunt; hoc commune habere, quod & in concussione per metum aliena extorqueantur: sed a vi & metu superiore differre genere metus, & quidem eo genere, quod ad illud edictum, & actionem quod metus caussa non pertineat: quam ob caussam & propria actione concussio vindicatur. Nam superiore edicto de iis quæ vi metusve caussa gesta sunt, vindicatur solum vis atrox. *L. 3. D. quod met.* Vindicatur metus maioris mali, & qui merito cadat in constantem virum. *L. 5. L. 6. eod. tit.* & cum esse diximus, qui contineat periculum mortis, aut cruciatus corporis, aut si quid est morti simile. *L. 4. L. si quis donationis, C. eod. L. 4. D. eod.* In concussione nullum eiusmodi metum exigimus. Certe nullus istiusmodi spectatur in iis factis, in quibus paulo ante concussionem inesse diximus. Nam solvere aliquid tributi nomine, prohiberi licita aliqua negotiatione, admittere hospitem, obire aliquod munus cum sis miles, & si qua sunt similia, neque mortis periculum ingerunt, neque cruciatus corporis, aut quidquam his simile. Unde vim & deprædationem a concussione, eum qui vim faciat ab eo, qui concussionem inferat, ubique distingui legimus. *L. unica, C. ex del. def. L. ult. §. ult. C. de mo. mul.* Sed tamen & hæc maxime fœda extorsio est, minimeque ferenda in magistratu, & iis qui officio aliquo funguntur, cum munere suo abutentes potestatem publicam, quæ civibus saluti esse debuerat, ad eorum iniuriam transferunt, eius terrore eos tamdiu concutientes, donec a concussis aliquid auferant. Idcirco & vindicatur concussio constitutionibus.

VI. De iis quæ concussione expressa sunt, & civiliter agi potest, & criminaliter. Civilis actio est in factum, ut quæ per concussionem amissa sunt, restituantur. *L. 1. D. de concuss.* In qua talis restitutio intelligenda est, qualem in eo qui metum intulit, supra descripsimus. Quod si in magistratu aut alio munere publico vis perveniat ad periculum mortis aut cruciatus corporis, etiam hæc vis incidet in edictum quod metus caussa. *L. 3.* in fin. *D. quod met. cau.*

VII. Criminalis actio seu accusatio de concussione duplex est. Primum omnis concussio coercetur extra ordinem, non solum in iis qui potestate aliqua præditi fuerunt, sed etiam in privatis, qui eius potestatis terrore iniecto ad eam concussionem abusi sunt. *L. 1. L. 2. D. de concuss.* Incidit præterea interdum & concussio in crimen iudicii publici. In omnibus quidem iis qui in magistratu, officio, munere, ministeriove publico quid acceperunt, quo magis aut minus quid ex officio facerent, sive per concussionem & metum potestatis prius iniectum, sive dum se pecunia corrumpi sinunt, id fecerint, huius generis crimen admittitur. Tenentur enim [4] lege Iulia repetundarum. *L. 1. L. 3. L. 6. D. ad leg. Iul. repet.* In privatis autem quicunque ob accusandum vel non accusandum, denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperint, pœna legis Corneliæ teneri iubentur, ut est in *d. L. ult. D. de concuss.* ubi Corneliam intelligere debemus de falsis, ut declaratur tis capitibus, quæ ea lege vindicantur. *L. 1. D. ad leg. Corn. de falsis.*

4) Nec ideo confusa appellatio criminis repetundarum & concussionis, sed si a privato committatur, privatum tantum quando a falsi crimine recedit; sin a magistratu vel officiali unico delicto utrumque crimen, is & publicum & extraordinarium incurrit, Rob. 1. *Sent.* 11. & publicum crimen admissum est privato, ut unico facto duo crimina admissa intelligantur *L. 4. & seq. C. ad L. Iul. repet.* Menoch *Arb. C.* 342. *n.* 11.

C A P. X L I.

De dolo.

I. UT vi & concussione sic aliena auferuntur dominis, ut domini summo iure amittant: ita & dolo malo; dum arte sic dominis excutiuntur sua, ut his vel imprudentibus, vel etiam invitis excidant non secus, quam si sponte amisissent. Tantum hoc interest, quod vis aperta est: dolus occulte & per simulationem idem molitur. Unde bene a Cicerone scriptum est *lib.* 1. *off.* vim & fraudem iniustitiæ species esse pariter reprehendendas. Hoc interesse, quod vis sit leonis, fraus [1] vulpeculæ. Ideo & quæ dolo expressa excussave sunt dominis, æque vindicantur iure civili.

II. Ex hoc genere delicti duo actionum genera iure constituta esse animadverto. Unum, adversus eum qui decepit. Alterum adversus eum, qui locupletior alieno

1) Hinc Lysander. Ubi non sufficit Leonina pellis ad suendam vulpinam, Plut. *in l. Acon. Apophr. f. m.* 181. *&* *f.* 207. Conrad. Lycost. *Apopth. Tit. de dolo.* Et Machiav. *in Princip. C.* 18. Principi tum leonis, tum vulpis mores adsumendos, vid Innoc. Gentilet, vel quisquis auctor Antimachiav. *Lib.* 3. *Theorem.* 12.

no dolo factus est, sive doli particeps sit, sive non sit. Prioris generis una actio est, quæ dicitur de dolo: sed ita una, ut sit generalis, & adversus omnem detur, qui fraudavit, si nulla alia sit eo nomine actio. Posterioris generis duæ, sed speciales: Calvisiana seu Faviana de rebus in fraudem patroni a liberto alienatis, & Pauliana de rebus alienatis in frudem creditorum. Actio de dolo constituta ea parte edicti, quæ est de dolo malo: de qua sub Titulis *de dolo*, *D.* & *C.*

III. Edictum de ea re in hæc verba fuit, aut his similia: certe in hanc sententiam, in quam veterum interpretationes consentiunt. *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & iusta caussa esse videbitur*: de his ei cuius intererit ea facta non esse, qui modo comprehenderit quid dolo malo factum sit, adversus eum cuius dolo facta erunt, intra annum quo experiundi potestas erit, *iudicium dabo*, ut nisi ea res de qua agitur, arbitrio iudicis restituatur condemnatio sequatur. De eo quod ad fraudatorem, heredemve eius, item quod ad dominum, cuius negotia gesta sunt, ex dolo eius qui gessit, pervenit, dolove malo eorum factum est, quominus perveniret, etiam post annum in factum iudicium dabo. Complectitur breviter hoc edictum omnia ad hanc actionem pertinentia: eadem illa scilicet quæ in omni obligatione & actione in personam quærimus: caussam actionis, & quæ ea actione continentur ad iuris nostri exsecutionem, petitionem actionis propriam; personas eorum quibus, & adversus quos competat; & tempus specialiter huic actioni præfinitum. Quæ simul omnia nusquam proposita sunt sub hoc titulo. Ac ne singula quidem satis expressa. Sunt tamen eiusmodi, ut quædam expressa sint, cætera ex vestigiis ad eam sententiam pertinentibus non obscure colligantur. Quæ ad confirmationem superioris summæ initio nota esse inutile non fuerit. Caussa ergo expressa est in *L.* 1. *D. de dolo.* Petitio actionis propria declaratur in *L. arbitrio*, *D. eod.* Cui actio competat, indicatur in *L. item*, *D. eod.* Adversus quem in *L. sed & ex dolo*, *§. ult. D. eod.* Tempus actioni præfinitum comprehensum est in *L. ult. C. eod.* Cætera notabuntur deinceps diligentius ex suis quæque locis.

IV. Caussa actionis continetur his conditionibus quatuor, quas comprehensas legimus in *d. L.* 1. *de dolo*, si quid factum sit; si factum dolo malo; si de eo alia actio non erit; si & iusta caussa esse videbitur, cur detur actio. Quæ singula quid valeant, ordine cognoscamus.

V. Primum illud est, ut quid factum sit, quo alii detrahatur; unde sit & huius edicti restitutio. Non exigit prætor gestum, ut edicto de eo quod metus caussa, *L.* 1. *D. quod met.* sed sat habet si quid factum sit verbo generaliore. Non sane quod non omnia quæ per metum ablata sunt, æque restitui debeant, atque ea quæ sunt ablata dolo malo: cum in dolo insit delictum, in vi & metu etiam facinus. *L. item. §. quid si homo*, *D. quod met. cau.* Et quidem tale, quod comprobare putetur contra bonos mores, ut supra dixi. *L. nihil consensui*, *D. de reg. iur.* sed quia metu illato nihil extorquetur alii, nisi quod ab eo volente quanvis prius coacto accipitur; ac proinde ita, ut cum eo negotium gestum sit. At dolo malo possunt pleraque alii detrahi etiam eo ignorante & invito, proinde sine gestu, quæ nihilominus æquum sit restitui, quæque etiam prætor velit pertinere ad restitutionem huius edicti. Quæ quia non poterant verbo gesti comprehendi, ideo dolo facta generaliter dici oportuit, ut esset verbum, quo omnia continerentur, quæ dolo malo alteri detracta essent. Sit ergo horum verborum hic sensus: omnia quidem hoc edicto restitui ea, quæ dolo malo cum alio gesta sunt, & a decepto expressa, non secus quam edicto de metu ea, quæ per vim & metum alicui extorta sunt: puta si quis deceptus alienarit quid de suo, aut debitorem liberarit, aut susceperit in se aliquam obligationem: sed non minus contineri etiam ea, quæ cum alio gesta non sunt ex consensu, sed quovis modo facta, quæ alteri rem aliquam suam, aut ius suum auferunt. Veluti, si animal a domino promissum alius occiderit; quo facto creditori actio sua & ignoranti & invito amittitur. *L. arbitrio*, *§. ult. D. de dol.* Aut si quis tabulas testamenti post mortem testatoris deleverit, aut aliter corruperit, ex quo & heres hereditatis, & legatarii inviti legatorum damnum patiantur. [a] *L. si quis tabulas*, *D. eod.* eiusmodi & alia pleraque, de quibus amplius in generibus doli explicandis mox dicetur.

VI.

a) Vbi actio de dolo *d. L.* 35. scilicet si ante aditam hereditatem corrupit. Legis autem Aquiliæ itemque depositi & ad exhibendum actionis *L.* 42. *ad L. Aq.* si scilicet corrupit post aditam hereditatem. Nam si ante aditionem nondum dominus factus heres, non potest habere actionem L. Aquil. sed nec ad exhibendum, nec depositi, quia ipse heres non deposuit. Bus. 2. *subtil.* 17. Pac. 2. Q. 87. Ant. Fab. ad *d. L.* 35.

VI. Sed facta quibus quid detrahitur alteri, innumera: in quibus etiam sunt ea maleficia, de quibus diximus. Propria huius edicti restitutio est eorum dumtaxat, quæ facta sunt dolo malo, non omnium illa quidem, ut sequentes conditiones edicti declarant: sed tamen non aliorum, quam quæ dolo malo facta sunt. Sit igitur proxima hæc conditio edicti, si quod factum est, quo quid detraheretur alteri, factum sit [3] dolo malo. Proinde quisquis hac actione uti volet, dicere debet dolo malo quid factum esse, ut verba edicti ostendunt. *d. L. 1. D. eod.* Et quoniam dicit, etiam probare debet iuxta regulam iuris, quæ efficit ei incumbere probationem qui dicit, non ei qui negat. *L. 2. D. de prob.* Quinimmo exstat de hac ipsa specie definitio propria in *L. quoties*, *§. qui dolo*, *D. de prob.* in hæc verba: *qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.* Sed nec ad eam rem quævis probatio sufficit. Quoniam enim agitur hic de non levi crimine, ut est in *L. item*, *D. de dolo*. Unde & actio famosa est; *L. 1. §. ait*, *D. eod.* sed & exceptio doli re ipsa & opinione hominum non effugit infamiæ notam: *L. licet*, iuncta *L. 2. D. de obs. parentib. & patron. præst.* ideo placet in utroque genere dolum ex perspicuis indiciis, vel ut alias legitur, ex perspicuis insidiis probari convenire. [4] *L. dolum*, *C. eod.* Quare pertinet ad omnem hanc quæstionem de dolo recte initio constitui, quid sit dolus, & quibus rebus is admittatur. Sic enim habebimus quod possimus dolo factum dicere, & cum dixerimus, probare. Neque vero horum alterutrum aliter recte probare possumus.

VII. Vetus est definitio doli nata primum a Gallo Aquilio, post deinde magno consensu omnium iuris auctorum uno excepto Labeone recepta, quæ refertur in *L. 1. §. 1. D. de dolo*, & *L. iuris gentium*, *§. ult. D. de pact.* Ut sit dolus, *cum aliud simulatur, & aliud agitur alterius decipiendi fraudandive caussa.*

3) Est enim alius dolus bonus, qui solertia & indostria appellatur *d. L. 1. §. 3.* Tendens vel ad fraudem malasque artes repellendas. Uti enim vis vi opposita iuste arcetur: ita fraus est concessa repellere fraudem, Ovid. 2. *de Arte L.* 77. §. 31. *de Leg.* 1. Tiraq. *de Retr. lignag. in Præfat. n.* 70. *&* 2 *seqq.* Et ut malus iniustitiæ satelles, ita bonus prudentiæ comes, iustitiam sequitur. Ioan. Boter, *Lib. 2 de Politia Illustrium* C. 6. *pag.* 242. Warem. de Erenb. *Meditam. pro fœder Lib. 1. C. 2. n.* 69. sicuti & vis iusta rationis & iuris ministra, illius imperiis morem gerena, Antimachiav. *Lib 3. Theorem.* 12. Hinc licitum tradunt fraudare vectigalia iniusta & illicita, Dec. *Tr. crimin. Lib. 1. C. 5. n.* 15 fallere custodes carceris, cui iniuste quis mancipatus *ibid n.* 16. fallaciter ea hostium potestate evadere *L.* 26. *de capt. & postl.* Hotom. 4. *Obs.* 4. Vel ad sua tutandum, damnumve evitandum, exemplum *L. 19. §. 3 de neg. gest.* Hinc in iusta caussa cavulationibus & fraudibus uti licere volunt, de quo forte notabo *infra Lib.* 18. *C.* 4. Vel ad alium a malo revocandum, sic Paol. 2 *Corinth.* 12. vers. 16. *Ego vos non gravavi, sed cum essem astutus, dolo vos cepi.* P. Greg 21. *Synt.* 13. *n.* 2. Decian. *d. Lib. 1. C. 4. n.* 13. aut salutem illius procurandum, qui prodest ei ipsi qui decipitor, ut si medicus imponat ægroto. Muret. 18. *Var. lect.* 4. Hinc quidam doli boni speciem tradunt, si quis se Turcam simulet, ut fidem eorum addiscat, quam postea oppugnet, quod reprobat Zas. ad *L. 9. Sol. matrim. n.* 8. Vel ad hostem circumveniendum, quem astu insidiis & stratagematis fallere non postrema laus est, modo, sub ea specie, fides data non fallatur, aut belli iura violentur, Hot. *Ill.* Q. 7. Vand. 1. Q. 51. Muret. *d. C.* 4. Antimachiav. *d. Lib.* 3 *Theorem.* 12 Waremund. de Ereob. *d. Lib. 1. C. 2. n.* 60. *& n.* 69. Elias Reusner. *Lib. 2. Art. Stratagemat. Cap.* 5. Fide enim rupta nihil Principi aut Reipublicæ indignius, Fr. Guicciardin. *Lib 1. Historia* maxime si iureiurando firmata: vid. *Epist* Leodiens. adv. Paschalem Papam *in Synt. Tr. de Iurisd. imp. f.* 67. *& seqq.* Tametsi vafro commento pacta eludantur, & perfidiæ velamentum quæratur. Sicuti Thraces pactis aliquot dierum induciis nocto excursiones agebant, Strabo *Lib. 9. Georg. p. m.* 796. Unde Prov. *θρᾴκια παρεύρεσις.* Eras. Chil 1. *Cent.* 10. *Adag.* 28 Coras. ad *L. 29. doll. n.* 3. Et Romani, cum ex conditionibus icti fœderis dimidium navium Antiocho relinquendum decrevissent, naves dissecarunt, dimidiumque incenderunt, altero relicto. Liv. *Lib.* 48. Et Locrenses qui Siculis fidem securitatis dederunt, donec ipsi terram illam pedibus premerent, & capita super humeros ferrent. Iniecerant autem soleis calceorum terræ pugillos, & capita allii sub tunicis clam occultaverant. Illa excussa, his proiectis Siculos deinde omnes necarunt, ut ex Polyb. refert Paul. Leopard. 5. *Emend.* 4. & Beust sed imperfecte & non integro senso, ad *Rub. de Iurei. initio.* Sic Solymannus Turcarum princeps Ibraymo (seu Abrahamo) Bassæ, cum summum gratiæ locum teneret, iurisiurandi religione interposita caverat, se nunquam illi vivo vitam erepturum. Odio deinde soscepto (ut fragilis res est Principum gratia, vid. Mich. Hospital. *Lib. 2. Epist.* 2. Georg. Cigler. *de Incertitud. rer. human. C.* 9.) dormitantem cultro adunco iugulari præcepit, periurium se evitaturum vanissime persuasus a sacerdote, dormientem non censeri inter vivos asseverante, quia una vigilia potius vitæ actus constet. P. Iov. *Lib. 33. Hist. sub fin.* In his & similibus etsi astus potius in fide danda adhiberi, quam data violari videatur, verissima tamen perfidiæ species. Alius est dolus re ipsa contingens absque fraudulenta machinatione & citra simulationem, quem negocialem vocat Iac. Gurre. ad *L. 2. de resc. vend. pag.* 88. *& seqq.* quo contrahentibus se circumscribere concessum est, *L. 16. §. pen. de minor. L. 22. §. ult. Locati* naturaliter *dd. locis*, id est ea natura contractus [illegible] negociative ut est in *Novell. 97. Cap.* 1. Cuiac. ad *d. L.* 16. Vult. ad *pr. I. de controv. n.* 2. Forner. 6. *Rer. quotid* 20. propter sobstantiam contractus & votum contrahentium. P. Fab. ad *L. 206. de R. I. p.* 786. per naturales regulas contractus. Castillo *Controv. quotid.* 8. *n.* 14. vel re ipsa ac facto citra personalem circumscriptionem, ut Ant. Fab. 8. *Coniect.* 5. Qui tamen dolus bonus minus recte statuitur a Rob. 5. *Sent.* 12. & fere P. Greg. 21. *Synt.* 13. *n.* 2. Sed nec doli mali species, ut Zas. in *Par. D. de dolo.* Verum vocatur ita ob similitudinem, vere non est. Decian. *Lib. 1. Cap. 4. n.* 11 & cum dolo vero, bono malove, convenit genere non synonymo, sed homonymo. Sane invaluit in malis potissime dolum usurpari. Quare vocula doli sine adiecto posita intelligitur malus, ut passim *h. t.* Delr. ad *L. 23. de R. I Cap.* 1.

4) Cuiac. *Cons.* 48. qui & ad *Rub. D. h. t. & 11. Obs.* 11. pro *indiciis* in *d. L.* 6. reponit *insidiis*, rationibus, ait, liquidis, cum tamen hoc vel[illegible]o modo legas parum vel nihil quoad sensum referat: quoad malum vero exemplum & pervertendi libidinem otique. Nam simulatio, cum in animo consistat, nec (uti vis altera improbitatis species) in oculos incurrat, non aliter nisi indiciis apertioribus deprehendi potest, cum scilicet nec in aliam partem interpretari is, qui arguitur potest. Decian. *Tr. crim. Lib. 1. C. 4. n.* 6. Menoch. 5. *Præsumpt. 3. n.* 44. Sebast. Medic *de Casib. fort. P. 1.* Q. 50. *n.* 18. Quo ipso verus dolus a præsumpto distat, quod huius coniecturæ existant non ita vehementes, ut omnem in aliam partem interpretationem penitus excludant. Decian. *d. loc.*

sa. Quam si explicare placet paulo pluribus, ut sit plenior & dilucidior definitio, hæc est sententia: dolum esse omne dictum aut factum, quo simulatur aliud quam consilium nocendi, at re vera hoc ipsum agitur, ut alter decipiatur, fraudeturve, id est ut ei occulte & per istam simulationem quid detrahatur. Definitio & recta, & ad explicandum id de quo quæritur, nimirum quid sit dolus, & qua in re eum poni oporteat, convenientissima. Labeo quidem hanc reprehendit, cuius sententia refertur in *d. L.* 1. *§.* 1. *de dol.* quod diceret & dolum sine simulatione admitti posse, & simulationem esse posse sine dolo malo. Sed neque prius verum est, & posterius admissum definitioni superiori nihil adversatur. De qua tamen reprehensione postea. Nunc autem hoc statuamus non aliter dolum admitti, quam simulatione, ubi aliud simulatur, & aliud agitur alterius fraudandi, sive detrahendi caussa. Id vero quia ita certo statui potest, si cognoverimus, quibus rebus dolus admittatur, seu quæ doli admittendi velut species sint, animadverterimusque in singulis hanc simulationem & definitionem inesse. Age, utraque de caussa hanc divisionem, ut est propositum, subiiciamus, tum ut his rebus cognitis in quibus dolus inest, sciamus etiam quibus rebus ostendatur & arguatur dolus; tum ut sit ab initio definitio superior, quam expedit notam esse, recte constituta.

VIII. Fraudationis & doli ex iis rebus quæ alii detrahuntur, species duæ 5 sunt. Quidquid enim dolo malo detrahitur alteri, id aut aufertur & tanquam excutitur domino ignoranti, aut exprimitur ab illo quidem & volente, sed, ut vellet, decepto. Quodcumque factum est, quo alii ius suum adimitur ignoranti, id tale esse reperietur, ut in eo fiat aliquid principaliter, quod & ipsum simulatur: cæterum per consequentiam hunc habeat exitum, ut alii ius in ea re suum adimat. Ad hoc genus illa facta pertinent, quæ variis locis leguntur sub hoc titulo; Si proprietarius occiderit animal usuarium, aut insulam fructuariam incenderit. *L. & eleganter. L. si servum, L. arbitrio, §. si dominus, D. de dol.* Ubi scilicet factum primo continet interitum rei, & quidem propriæ. Sed ex interitu sequitur amissio alieni ususfructus. *L.* 2. *D. de usuf. L. repeti, §. rei, D. quib. mod. us. amitt.* Si heres servum legatum occiderit ante aditam hereditatem: ubi ex interitu etiam amissio legati consequatur. *d. L. & eleganter, §. si servum, D. de dol.* Si animal quod dominus promiserat, alius occiderit. *L. arbitrio, §. ult. eod.* ubi videlicet eum interitum qui sine culpa debitoris contigit, sequitur liberatio debitoris, & una creditoris fraudatio eo facto actionem amittentis. *L. si ex legati, D. de verb. obl.* Si quis tabulas testamenti deleverit: ubi ex interitu tabularum, qui principaliter in hoc facto versatur, sequitur, ut neque heres institutus inde adire hereditatem possit incertus de iure suo: neque legatarii inde legata petere, quæ ex testamento iam probare non possunt. *L. si quis tabulas, D. eod.* Si quis servum alienum compeditum solverit. In quo inest principaliter servi liberatio, sed ea quæ fugam aperiat servo, ex fuga domino rem suam auferat. *d. L. & eleganter, §. si servum.* Si quis quadrupedem alienum irritarit consulto, ut alii damnum daret. *Ibidem.* Si quis familiæ alienæ persuaserit, ut de possessione rei decederet: ubi ex discessu dominus aliquarum rerum quæ ibi erant, damnum fecerit. *L. cum quis, eod.* Si quis fecerit quominus præsente adversario secundum libertatem pronuntiaretur: ubi principaliter fertur sententia, & libertati consulitur: sed quorum utrumque per consequentiam servum suum domino auferat, quia semel pro libertate dictam sententiam retractare non licet. *L. si dolo, eod.* Si procurator passus sit adversarium meum vincere, ut absolveretur, atque ita lis mihi pereat. *L. & eleganter, §. pen. eod.* Tale est etiam factum debitoris, qui quid alienavit in fraudem creditorum: aut liberti, qui quid alienavit in fraudem patroni: etsi hæc facta

5) Fraudis nomen quidam generalius esse & latius patere quam doli, Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 26 *Gl.* 1. *n.* 36. Gœd. ad *L.* 131. *pr. de V. S n.* 5. *& seqq.* putans *fraudis* verbo significari omne delictum, dictum factumque culpabile. Alii fraudem doli speciem faciunt per *L.* 7. *§.* 10. *in fin. de pact.* ubi inesse vulgo dicunt ut species generi. Sic Rob 3. *not. ad Merc.* 3. fraudem omnem in se dolum habere, non omnem dolum fraudem esse. Et Decian. *Tr. crim Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 11. fraudem proprie dici, quæ ad effectum deducta, damnum illatum respicit *L.* 10. *§.* 1. *Quæ in fr. cred.* dolum autem etiam nudum fraudandi animum, quem effectus destituit. Contra Gœddeus fraudem & ex solo eventu appellari sine animo lædendi *L.* 79. *de R. I. §.* 3. *l. Quib ex cauf. man. non. lic.* Quanquam ex *d. L.* 79. magis probare videtur ad fraudem constituendam eventum & consilium coniunctim exigi Id enim tametsi verba aliam quoque interpretationem ferre daretur, quod tamen vocula *semper*, vix admittit, iuri convenientius. Neque enim eventus fraudis sine consilio, neque consilium sine eventu coercetur *d. §.* 3. *l. d. t. d. L.* 10. *§.* 1. *& passim Quæ in fr. cred. L.* 4. *§.* 19. *de fid. L.* Et non de acceptione *fraudis* seu voculæ significatione, sed de interpretatione seu iuris effectu regula *d. L.* 79. loquitur. Utut sit, nominibus his fere promiscue veteres usi *L.* 7. *§.* 1. *de susp. tut. L.* 32. *Depos L.* 6 *§. pen. si quis om. ca. test. & simil.* Decian. *d. C.* 5. *n.* 12. Menoch. 5. *Præsum.* 3. *n.* 4.

facta vindicantur aliis actionibus, de quibus postea. Atque in his omnibus factis & similibus, licet animadvertere ab eo qui per huiusmodi facta velit nocere alii, illa ipsa quæ principaliter fiunt, prætermittere, eorumque consilium simulare; re vera autem aliud agere, nempe hoc ipsum, quod ex prioribus illis sequitur, ut alteri detrahatur.

IX. Quibus autem factis aliquid a domino ipso exprimitur, quod ei facto suo pereat: ea sunt in eo, ut quis per hæc inducatur in errorem, quo errore deceptus velit aut faciat aliquid adversus utilitatem suam, quod sine errore facturus non esset. Hic error obiicitur decepto duobus modis: aut verbis mendacibus, aut facto arte ad eam rem composito. In verbis fallacia est, in facto ea quæ dicitur machinatio, quæ duo posuit Labeo in sua definitione. *L.* 1. *§.* 1. *D. de dol.* Fallacia. inquit Varro *Lib.* 1. *de lingua latina*, a fando dicta est, quod fando quem decipit, ac contra quam dicit facit. Itaque, inquit, si quis re fallit, in hoc non proprio nomine fallacia dicitur, sed translatione, ut a pede nostro pes lecti, aut pes betæ. Nos videamus, ne fallere, unde fallacia, sit quasi dicas fando elicere: puta in locum aliquem, ubi falsum capias. Machinatio dicta a machina. Est autem machina latinis instrumentum omne, quo ad maiora onera arte impellenda tollendaque utimur. Hinc machinari pro arte moliri aliquid & efficere, quod arte non adhibita non potuissemus. Per translationem autem dicti machinari, qui rem aliquam arte instruerent ad aliquem permovendum trahendumque, quo vellent. Factum ipsum machinatio appositissime. Qui enim si aperte peterentur, moveri non possent: hi errore iniecto tanquam machina ad voluntatem movendam adhibita impelluntur. Sint ergo ut proposui, huius generis doli, qui in errore alteri obiiciendo versatur, species duæ, fallacia, & machinatio: illa in verbis, hæc in re & facto. Fallacia est, cum mentientes de re & persona aliqua falsum persuademus alteri, qua persuasione ille inductus id faciat quod nocet. Cuius generis exempla hæc sub hoc titulo legimus: Mentiri de facultatibus debitoris futuri, ut ei pecuniam credas. *L.* & *eleganter*, *§. ult. D. de dolo*. Adfirmare hereditatem esse minimam, ut eam ab herede minoris emas. *L. si quis adfirmavit*, in pr. *D. eod.* Adfirmare heredi hereditatem esse solvendo, ut solita legata præstet. *L. si legatarius*, *D. eod.* Persuadere creditori te nihil debere, ut vel te liberet, vel iudicio patiatur te absolvi. *L. servus*, *§. ult. L. cum a te*, *D. eod.* Mentiri hereditatem esse idoneam, ut heres hereditatem adiret, & se implicaret oneribus hereditariis. Adfirmare hereditatem non esse solvendo, ut heres eam repudiet. Adfirmare legatario rem non esse meliorem in hereditate, ut eam optet, cæterarum electionem omittat. *d. L. si quis adfirmavit*. Hanc vero in simulatione verborum positam esse apparet, cum mentiendo simulamus nos bonum consilium alicui velle dare, & re id agimus, ut fraudulento consilio ab illo aliquid auferamus.

X. Machinatio, ut dixi, in re & facto est, cum pro verbis adhibemus factum ad alium inducendum in falsam opinionem rei alicuius, qua is falsus faciat, quod nisi errore falsus esset non faceret. Huiusmodi facta sunt hæc, quorum pleraque sub hoc titulo licet observare. Ad exprimendam alicui rei suæ alienationem hæc: Permittere alicui saxum e fundo tuo cædere, cretam vel arenam fodere, & cum sumptum in eam rem fecerit, non pati eum tollere. Sic enim falsa spe ista auferendi illicis eum ad sumptus in eam rem faciendos, cum id agas, ut his factis una cum re tua quam retines, etiam illa opera & sumptibus fruare. *L. si cum mihi*, *D. de dolo*. Fundum alienum scientem alii donare tanquam suum, si is qui accepit, hac opinione ductus fundum colat pro suo, cumque magnos sumptus in eum fecisset, sic deinde fundus evincatur, unde & ex hac caussa placet eum qui accepisset, habere eo nomine adversus donatorem actionem de dolo. *L. Aristo*, *§. ult. D. de don.* Commodare falsa pondera, ut venditor emptori his merces appenderet, atque ita paucioribus mercibus acceptis plus numeraret, quam conveniebat. *L. arbitrio*, *§. de eo*, *D. de dol.* Tale etiam fuit factum illud Pythii argentarii adversus Cannium equitem Romanum, quod elegantissime describitur a Cicerone *lib.* 3. *Offic.* quanquam & in eo fallacia fuit: cum adhibita fuerit vanitas orationis. Ad liberationem a creditore exprimendam huiusmodi machinatio est, quæ refertur in *L. quidem*, *D. de dolo*, si debitor curet falsas literas ad creditorem suum mitti tanquam scriptas a Titio amico creditoris, quibus Titius significet se aut debitori illi tantumdem debere, aut ad eam summam se illi donare aut aliter gratificari velle; ideo petat, ut velit eum liberare: se illam summam ei debiturum: creditor autem hac epistola per-

persuasus debitorem acceptilatione liberet. Ut autem quis ablatam aliquam utilitatem omittat, huiusmodi machinationes esse solent: filio exheredato supprimere testamenti tabulas, quo fiat ut ne filius interim de inofficioso testamento queri possit, atque ita non præparata querela decedat. *L. si quis adfirmavit*, §. 1. *D. de dolo*. Suppressis enim tabulis fit, ut nihil aliud putet filius, quam se patri ab intestato heredem: inofficiosi autem querelam ideo omittat, quia ignoret se exheredatum, ut qui etiam testamentum esse nesciat. Quod si ita decedat, quia non præparata querela decedit, evenit, ut ea non transmittatur ad heredes. *L. Papinianus*, §. *ult*. *D. de inoff. test.* Ita prolatis postea tabulis testamenti locus fit institutis heredibus, ubi iam testamento nihil fit, quo id rescindatur. Domino rem vendituro iudicium intendere, ut res apud sequestrum deposita tandin apud eum sit, donec de re iudicetur ac deinde iudicium non accipere, quo res perpetuo sit apud eum, ac sic vendi non possit. *L. si quis adfirmavit*, §. *Labeo*, *D. de dolo*, Rei venalis litem movere domino, ne quis emptor ad eam emendam interim accedat, & postquam vendendi opportunitas perempta est, desistere. *L. rei*, *D. eod.* Domino rem suam ab eo qui vere possidebat vindicaturo interpellandæ usucapionis caussa te offerre de ea re quam non possidebas: ut sic omisso vero possessore usucapio ei tempore legitimo impleatur. Quem dolum ita vindicari placet, ut quanvis in eo iudicio perseveraris ad extremum, atque adeo sis absolutus, tamen ob rem domino usucapione amissam domino de dolo tenearis. *L. ult. D. eod.* Iniecta litigatori aliqua remora ne in tempore iudicio adesse possit, efficere, ut lis temporibus legitimis transactis ei pereat. *L. arbitrio*, §. *pen. eod.* In quibus omnibus perspicuum est non minus quam in superioribus generibus simulationem versari, qua tegatur consilium nocendi, cum maxime eo intendatur machina, ut noceatur.

XI. Quæ si vere dicuntur, ut certe res ostendit vere dici, est quod de his quæ dolo facta erunt, recte in summa ita [6] definiamus: Si quis consulto principaliter aliquid facit, quo per consequentiam alii rem aut ius suum perimat. Si quis non perimit quidem ipse, sed dominus: verum tamen domino perimendi callide caussam adfert, dum ei facto aliquo arte instructo errorem obiicit, quo ille deceptus aut quid alienet de suo, aut debitorem suum liberet, aut obligationi alicui se subiiciat, aut hereditatem, optionem, opportunitatemve rei suæ bene gerendæ vel conservandæ omittat: hæc demum sunt ea, quæ continentur verbis huius edicti, quæ scilicet dolo malo facta esse dicenda sunt. Hæc, inquam, quibus dolus admittitur in universum: quorum uno aliquo obiecto dolus obiicitur: probato, dolus probatur. Id quod in superioribus verbis edicti ad caussam huius actionis quærimus.

XII. Quibus generibus cognitis, iam puto, constare potest, quod de definitione doli supra posueram, quam vera sit & ad rem explicandam accommodata definitio illa veterum, ut sit dolus, cum alind simulatur & aliud agitur alterius decipiendi fraudandive caussa. De qua satis esse poterant ea quæ supra diximus, nisi nos Labeonis reprehensio in hac re impediret, qui cum dolum dicat amitti posse sine simulatione, neque id mutet Ulpianus in *d. L.* 1. §. 1. *de dol.* dubium nobis facit, non tam illud an falsa sit superior definitio, quam utrum in divisione superiore omiserimus aliqua facta, quibus admittatur dolus: & breviter an sint ulla facta, in quibus aperte & sine simulatione dolus inferatur, ut si sunt, quæramus deinceps quænam ea sint. Quæ ne nos dubitatio fatiget in posterum, dicam paucis, quid de tota ea reprehensione Labeonis, deque eius definitione, atque universa definitione doli statuendum videatur. Reprehendit ergo, ut dixi, Labeo definitionem illam veterum propter illa verba: *cum aliud agitur, & aliud simulatur*. An quod Servius non [7] adiecit illa verba: *alterius decipiendi caussa?* minime. Non enim tantum ea relata sunt in *d. L.* 1. & attributa Servio: sed etiam relata & attributa a Triboniano fideliter, ut ex reprehensione ipsa Labeonis apparet, qui ait & sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, ut est in *d. L.* 1. §. 1. Quæ verba hoc significant dixisse quidem Servium; dolum esse, cum id agitur ut quis circumveniatur, & hoc recte: at illud non recte, quod dixit id ita fieri, cum aliud simulatur & aliud agitur: & vitiosum & defi-

6) Eximie in his artem suam ostendit Donellus noster. Ita hæc & apte ac concinne cohærent, & meo iudicio, dextre ac commode expedita, ut præ illis aliorum tradita, nimium quantum distantia, merito quis fastidiat.

7) Ut Hotom. 1. *Obs.* 20. *&* 4. *Obs.* 4. quem & perstringit Ræv. ad *L.* 23. *de R. I.* Nisi enim verba hæc adiecta, inquit, negligentiæ insimulandus Ulpianus quod Servio adscriberet definitionem eam, cuius omnes norant auctorem esse Aquilium. Quæ tamen ratio tanti non videtur,

definitioni doli minime omnino conveniens. Reprehensionis summa hæc est, ducta ex lege perpetua rectæ definitionis: Omnis vitiosa est definitio, quæ cum rem explicans propria definiti esse debeat, minus aut plus continet, quam definitum. At ex superiore adiectione non uno aliquo vitio ex his laborat Servii definitio, sed utroque: Vitiosa igitur, minimeque naturæ doli explicandæ conveniens. Primum hac parte minus est in definitione, quam in dolo qui definitur, quod dolus, inquit, sine simulatione esse potest, etiam si maxime id agatur, ut quis circumveniatur. Definitio autem vocat simulationem, & hanc solum exprimit. Rursum hac parte definitio plus continet, quod ea complectitur omnem simulationem, qua unum agitur, & aliud simulatur. At potest, inquit, aliud agi & aliud simulari, ut non sit dolus malus, quem nunc definiri volumus: sicuti faciunt, inquit, qui per eiusmodi dissimulationem servant & tuentur vel sua vel aliena. De qua reprehensione sic habendum puto, Quod ait posse aliud agi & aliud simulari sine dolo malo, [8] verissimum est: sed nihil adversus definitionem superiorem, in qua adiiciunt veteres [9] alterius decipiendi caussa. Quæ adiectio ad dolum malum dumtaxat pertinet. Exstat autem hæc adiectio non solum in *L. 1. de dol.* sed etiam in *L. iuris gentium*, *§. dolo*, *D. de pat.* Et quanquam sine hac adiectione refertur definitio Galli Aquilii a Cicerone *lib. 3 Offic.* tamen certum est idem & Aquilium sensisse. Non enim dubium est, quin consultus fuerit Gallus Aquilius de his factis, in quibus quis alteri quid detrahit dolo malo, in quibus hoc quærebatur quidnam hoc esset dolo malo, & quibus ex rebus argueretur is dolus. Hic vero simpliciter recte respondetur, dolum in huiusmodi quæstionibus id esse, cum aliud simulatur & aliud agitur. Hic enim statim subiicitur animo ex his quæ proposita sunt, cum aliud agitur alteri detrahendi caussa; de quo quæsitum erat.

XIII. Quod autem ait Labeo dolum admitti posse & sine simulatione, neque hoc Labeoni concederent veteres illi, neque adeo concedendum est. Et si dicendum est aperte, verum non est. Idque ex iis quæ supra diximus liquido [10] demonstratur. Nam si non pluribus modis dolus admittitur, quam iis quos supra posuimus: omnes autem id habent, ut aliud simuletur, dum tegitur alii nocendi consilium, re vera autem id agitur, ut per hanc simulationem noceatur: conficitur omnem dolum simulationem habere, quam quærimus. Neque vero id aliunde certius probare liceat, quam ex definitione ipsa Labeonis, quæ refertur in *d. L. 1. §. 1. de dolo*. Ille enim dolum definit, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad alium decipiendum adhibitam. Atqui calliditas genus est, in quo nihil inesse possit nisi eius generis species. Sunt autem calliditatis species illæ duæ, quas subiicit, fallacia & machinatio: illa in verbis calliditas: hæc in re & facto, ut ante diximus; sive hæc recta domino rem suam aufert; sive oblique ab illo exprimit. Constitit autem prius, sive mendacio, sive facto aliquo arte instructo ad imponendum quis decipitur, omne id dictum factumve simulationem habere. Quare vel ex definitione Labeonis nihil aliud sit dolus, quam cum aliud simulatur, & aliud agitur alterius decipiendi caussa. Nam quæ ab illo subiiciuntur in definitione, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita: plura quidem verba sunt, sed unum & idem significantia; illud nimirum quod in superiore definitione dictum est alterius decipiendi caussa. Solum in his translatio animadvertenda est, quæ ab aliis rebus ducta varie si intelligitur, significationem ostendet. Est autem circumvenire incautum & velut undique circumsessum ne effugiat, ex insidiis capere. Metaphora ducta ab hostibus, qui quos hostes facilius capere & opprimere volunt, eos scilicet circumveniunt, id est, undique circumsistunt, ut ne qua evadant, sed ab omni parte interclusi teneantur. Vel a venatoribus, qui ad feras bestias,

quas

8) Nec simulatio & dissimulatio omnis reprehendenda. Nam ut dolus bonus esse potest ita & simulatio. Cumprimisque dissimulatio in gubernatione necessaria. Unde vulgatum illud: *Qui nescit dissimulare, nescit regnare*, quod in Symbolo habuit Sigismundus Imp. Iac. Typot. *in Symbol. imp. Hierographia* 9. & hoc unicum Ludovicus XI. Francorum Rex Carolum filium Latine scire voluit. Durus de Pasculo *in Aulico politico Axio* 204. Quin & vitia sua dissimulare licere, cum impudentis sit ea in vulgus efferre atque ostentare & admissa scelera divulgare scribit Thomas Bozius Eugubin. *de imperio virtutis, in Proœm.*

9 Accedit quod cum dolus malus definiatur; verba, *aliud simulatur*, de mala simulatione ex subiecta materia accipienda, ac si dixisset, cum malitia aliud simulatur, Hotom. 4. *Obs.* 4. & Decian. *L. 1. Tr. cr. C. 4. n 6.* alias, ait, eodem vitio laborabit Labeonis descriptio, quia & circumveniri quis, ac falli, potest sine dolo malo.

10 Omnino. Et probat Decian. *d. C. 4. n. 7.* Qui enim falli quis poterit sine simulatione, cum ea sola induci possit ut sub specie boni se decipi patiatur. Nec vel cogitatione assequi licet quæ sint illæ artes innumeræ, quibus citra fallaciam & simulationem dolus, de quo hic tractatur, fiat, ceu putat Cuiac. *ad hoc tit. D.* qui vult ob hæc tantum verba *cum aliud simulatur, aliud agitur*, definitionem Servii Labeoni displicuisse. Quæ & redundare nec ad substantiam definitionis pertinere male sentiunt Ræv. *infra N. 14.* & Delrio *ad L. 23. de R. I. Cap. 1.*

quas persequuntur, capiendas eadem arte utuntur. Cic. *Lib. 1. Quæst. Tuscul. Quanta delectatione autem afficeret, cum Palamedem, cum Aiacem, cum alios iniquorum iudicio circumventos conveniren?* Fallere quid sit, supra diximus. Decipere est fallere & fraudare quovis modo. Ita dictum ut sit quasi de loco capere. Metaphora ducta a feris bestiis quas e latibulis excitamus in planitiem, ut eductæ & opportunæ insidiis nostris factæ capiantur. Sed ut dixi, omnium significatio una est, etsi ab aliis atque aliis rebus ducta sint; nec aliud exprimunt, quam illud unum, alterius decipiendi caussa, quod est in priore definitione. Ita fit; ut verbis diffidens Labeo, imprudenter in eandem sententiam definitione sua incurrat, confirmetque maxime nihil aliud dolum esse, quam cum alterius decipiendi caussa aliud simulatur & aliud agitur.

XIV. Non caret tamen sententia Labeonis non tantum probabili sed etiam speciosa defensione, quæ & fallit multos, quibus ideo illa reprehensio placet, & potest etiam acutissimos nisi attendant, tenere. Nam quæcunque vi fiant data opera ad aliis nocendum, eadem & dolo malo fieri dicuntur. Vis aperta simulationem non habet. Quare verum est, quod dicit Labeo, etiam sine simulatione dolum admitti posse. Ac ne dubitetur ita esse, exemplo sunt hæc, extorsio, rapina, cædes. Si quis per vim & metum extorquet aliquid ab alio, is dicitur etiam de dolo actione teneri. *L. item*, §. *pen. D. quod met. cau.* Non est adversus eum actio de dolo, nisi dolum admittat. Est igitur & in hac vi dolus; ac proinde dolus sine simulatione. Item de rapina ita est edictum prætoris, ut non sit actio ex eo edicto, nisi adversus eum qui rapuit dolo malo. *L. 2. D. vi bon. raptor.* Constat autem raptus vi aperta, per quam quid alii invito eripitur. Similiter lex Cornelia de sicariis & veneficis non solum lata est adversus eos quorum dolo factum est, quo quis occideretur: sed maxime adversus eos qui ipsi occiderunt, & præcipue si aperta vi occiderunt; qui tamen dicuntur occidisse dolo malo, nec alii tenentur ea lege, quam qui dolo malo cædem admiserunt. *L. 1. L. in lege, D. ad leg. Cornel. de sic.* Multaque eiusmodi proferri possunt consulto & aperte facta cum in damnis privatis inferendis, tum in contractibus, quæ tamen dolo malo fieri dicantur. De quibus breviter respondebo ita, ut quod de tribus illis propositis dixero, ad omnem vim reliquam pertinere intelligatur. Ita est: in metu, in rapina, in cæde violenta, vis aperta est: sed non ideo hæc vis dolus est. Ita in his factis vis inest, ut tamen insit simulatio præcedens vel adiuncta, qua ad eam vim pervenitur. Qua parte vis aut aggressio aperta est, ne quis dixerit esse dolum. Scimus enim omnium auctorum, & naturæ adeo consensu vim toto genere distingui a dolo. Verissimumque est illud Ciceronis, vim leonis esse, fraudem vulpeculæ: quia scilicet leo aperte agit, vulpecula occulte, & ex insidiis. At quatenus simulatio præcedit, vel adiuncta est, eatenus demum dolus est: ut sit dolus cum vi [11] coniun-

11) Sæpe quidem ita est ut & docet Decian. *d. 4. n. 5.* Nam & fures ac prædones omni astu & captata occasione noctis, loci, personarum, &c. scelus suum tegere conantur, & quod præmeditati sunt scelus, quovis studio ne perficere impediantur occultant. Non tamen hoc perpetuum, nec semper dolus, aut simulatio vim præcedit sive adiuncta. Quin sæpe quoque aperte infertur, quod & agnoscit Decian. *d. n. 5.* & experientia comprobat, probatuque facile videtur. Et valde placet quod Decian. *ibid. n. 5.* alio sensu dolum malum accipi in *d. L. 2. §. 8. vi bon. rapt.* (adde & *in d. L. 7. de sicar. & simili.*) videlicet pro certa animi destinatione & delinquendi proposito quam Græci Proæresin vocant. Et sic plerunque sumitur cum ut qualitas delicti consideratur, Decian. *ibid. n. 8. & 9.* Siculi cum dicitur neminem sine dolo capite plectendum. Hic vis doli nomine continetur, nec hoc sensu adiuncta est, eamve præcedit dolus, sed ipsa vis dolus est. Nam cum raptor ob dolum tripli pœna coercetur; violentus invasor dominio rei privatur, homicida supplicio afficitur: hic in pœna ad ipsum rapiendi factum, invasionem & occisionem respicitur, potius, quam ad simulationes, astus & insidias, etsi quæ forte præcesserunt. Paucis: Doli acceptio vel generalis pro quavis malitia, improbitate seu voluntariæ iniuriæ modo. Sic vis dolus est, & vim faciens dolo facit *d. L. 2. §. 8.* Vel specialis, pro altero iniuriæ modo, quæ occulte & astute per simulationem fit, quæ huius loci & ad quam solam definitio spectat. Sic vis dolo non inest, sed ei opponitur usu tum iurisprudentum, tum aliorum auctorum. Sed nec hunc dolum semper comitem, aut præambulum habet vis. Quod prob. (1) *L. 3. in fi. Ne quis eum qui in ius voc. Sufficit vi, quamvis dolus malus cesset.* (2) Fraus turpior quam vis utroque digna maiore, quia totius iniustitiæ nulla capitalior pestis quam eorum, *qui cum maxime fallunt, id agunt ut viri boni esse videantur Cic. 1. Offic.* Et quia vis iure potentiæ, quam natura dedit, inferri videtur, Io. Bapt. Lence *Obs. Pol.* 145. Quod si vis aut contineret aut semper adiunctum haberet dolum, vis esset dolo ob id ipsum detestabilior. Perpetuo enim verum in eo quod plus est inesse minus. Certum autem est dolum posse esse sine vi. Iam si vis sine dolo esse nequit, necessario peior erit dolo simplici, propterea quod præter illum aliquid turpe & ab homine alienum accederet. (3) Sicuti vis iusta non est species doli boni, nec eundem necessario adiunctum habet, ita nec iniusta malum. (4) Dolus dans caussam contractui b. f. ipso iure nullum reddit, vid. supra *Lib. 12. C. 7. N. 4.* Vis & metus non item *supra C. 39.* Exemplo vis metum inferentis, contra quam hic noster & Decian. *d. C. 4. n. 6* non habet dolum adiunctum, alias contractus irritaretur si non ratione metus, saltem ratione doli adiuncti. Quanquam vero recte uterque probet simulationem, ibi intervenire, quod non hoc agat ut periculum alter incurrat, sed ut rem auferat: non tamen aliud simulatur decipiendi, seu fallendi gratia In metu coactio est, non deceptio. Ita sane fert usus loquendi & in Latina & in nostrati, puto & quæcunque alia lingua, ut hæc distincta habeantur, nec promiscue usurpentur. Nec quisquam dicit se vi & metu deceptum, *durch gewalt betrogen.* Quin nec ad modos fraudis, quos

ctus. Neque vero in his factis superioribus & similibus ulla vis est, quæ simulationem istam non habeat. Qui vim & metum facit, ut aliquid extorqueat, simulat se velle alicui mortem inferre aut cruciatum corporis, cum re vera longe aliud agat. Huc enim spectat solum, ut aliquid per hunc metum auferat. Hæc vero simulatio, in qua iuxta definitionem aliud simulatur, & aliud agitur, dolus est. Præterea qui ita vim infert, simulat se velle rem quam accepit, obtinere domini consensu, & eo vim adhibet, ut cogat præcedere hunc consensum. At re vera domino invito rem eripit. Quid enim interest, vi quid eripias, an dominum cogas ea re cedere? Quod ad rapinam attinet, licet nobis proponamus animo prædones & latrones. Quid hi, prius quam ad facinus veniant? simulant aliud iter, simulant se alias res agere; ut facilius incautos dominos opprimant, & bona rapiant sine periculo. Ita per simulationem ad rapinas perveniri solet, ut ipsa rapina & vis aperta non sit simulatio, eoque nec dolus: sed illa, quæ præcesserunt occulte, ut ad rapinam perveniretur. Adde, quod qui aliquid eripiunt, solent semper simulare se habere aliquam caussam ad auferendum; vel ut dicant rem sibi deberi, vel se ea re necessario indigere, vel possessorem esse indignum, qui rem apud se habeat, vel esse hostem: cum tamen re vera unum hoc agant, ut rem, quam sciunt esse alienam, quo iure quave iniuria ad se transferant. Cædes & easdem simulationes præcedentes, & alias adiunctas habet. Qui alium occidere cogitat, multa ante solet simulare & dissimulare, ne adversarius persentiscat se peti, & se muniat adversus periculum, quo incautum facilius opprimat. In ipso etiam scelere simulat plerumque se quod vim adhibet, defendendi sui caussa facere, cum re vera faciat animo ulciscendi nulla necessitate defensionis cogente. Idem etiam simulare solet se vulnerare tantum voluisse, cum hoc ipsum ageret, ut occideret. In quibus omnibus eum insit simulatio vi adiuncta, recte dicimus perpetrari ista dolo malo: non tamen ita, ut ideo vis aperta sit dolus, aut quod dolo hic fit, fiat sine simulatione: sed ut intelligamus utrumque in his intervenire & vim & simulationem; res tamen inter se distinctas, ut neque in vi quatenus aperta est, & sine simulatione, sit dolus, sed vis dumtaxat; neque in simulatione vis, sed tantum dolus. Quæ cum ita sint, nihil puto, relinquitur in reprehensione Labeonis; cur definitionem superiorem veterum mutemus, curque rei de qua agitur, explicandæ non convenientissimam vel auctore ipso Labeone putemus.

XV. Reliqua est, quæ nobis obstare videatur fortasse auctoritas Ulpiani quasi qui eam reprehensionem probet in *d. L. 1. §. 1.* adde & Iustiniani, qui quæcumque sunt veterum scripta in Pandectis omnia se sua fecisse testatur. *L. 1. §. omnia. L. 2. §. tanta. C. de vet. iur. enucl.* Et si quidem Labeonis reprehensionem aperte probaret Ulpianus magis laboraremus. Etsi enim Ulpiano opponere liceret Ulpiani ipsius auctoritatem, qui alibi eadem illa definitione a Pedio accepta utitur: *d. L. iurisgentium, §. dolo, D. de pact.* Tamen res incideret in eam difficultatem, ut contraria in Pandectis de eadem re, & ab eodem auctore admittere cogeremur, contra quam Iustinianus patitur. *L. 2. §. contrarium, C. de vet. iur. enucl.* Sed ne hic laboremus, sumendum est id quod locus concedit. Negandum est Ulpianum [12] probare reprehensionem Labeonis. Idque locus satis probat. Nam cum Ulpianus retulisset Labeonis reprehensionem, & item definitionem de dolo, de sententia sua nihil amplius subiicit, quam Labeonis definitionem veram esse. Nos concedimus esse verissimam, ut quæ revera idem contineat, quod illa superior veterum. Sed non ideo probari eius reprehensionem dixeris. Alia Labeonis definitio est, alia eius reprehensio. Definit recte Labeo: at non recte priorem definitionem reprehendit, ut ostendimus. Quin immo cum Ulpianus in huius sententia unum

per quam ingeniose & artificiose noster exponit *a n. 8. usque ad n.* 10. metus referri potest, quia in illo neque excutitur ignoranti neque exprimitur a volente, in errorem inducto: sed sciens prudensque tradere compellitur. Denique simulatio illa non adiuncta est tantum, aut præcedit; sed ipsi metui, ratione inferentis, inest. Atqui dolum non inesse metui noster contendit, sed ipsi adiunctum. (5) Vim iniustam, quæ legibus coercetur, sine dolo esse ponit & agnoscit ipse Donellus *supra h. Lib. Cap.* 30 Ad *L. 14. §. pen. Quod met. ca.* vide *infra N.* 21.

12) Ita & Baro *ad L. 1. hoc tit. & ad L. 7. §. 9. de pact.* Arumæ. *de Mora* C. 2. *n.* 14. reprehensionis summam referri ab Ulpiano non probari: Probari autem definitionem utriusque ac Perrenon. 1. *Animadv.* 21. Et iniustam Labeonis reprehensionem esse, Marq. Freher. 2. *Parerg.* 6. *&* Bus. 1. *Subtil.* 19. *Si hac*, inquiens, *confutandi ratio valet, nulla definitio bona erit.* Et Decian. *d. Cap.* 4. *n.* 6. nihilo differre Servii definitionem a Labeonis, nisi quod ille clarius explicuit, hic pressius comprehendit. Quin & Hotom. 1. *Obs.* 20. *&* 4. *Obs.* 4. licet statuat verba *alterius decipiendi caussa* subdititia; inique tamen notatum Sulpitium censet, nec debuisse verba magis captari, quam illius mens attendi. Diss. Cuiac. *ad Rub. h. t.* Ant. Fab. *ad L. 1. §. 2. h. t.* Pac. 2. Q. 73. utrumque vitium vere inesse definitioni Servii, nec eam Labeoni probari. Et Cicero definitionem imperfectionis incusat, Valth. 2. *Misc.* 10. Marq Freher. *Lib.* 3 *de Existimat.* C. 10. *n.* 1. describit quod sit Malitiosa affectatio, qua vel simulatur falsum vel dissimulatur verum, alterius fraudandi gratia.

unum se probare dicit, hoc ipso ostendit aut se alterum non probare, aut quid de eo sentiendum sit, in medio ponere. Et vero non probare se hanc reprehensionem satis declarat alio loco, cum definitione veterum in explicatione doli pro vera & recta [13] utitur, puta in *d. L. iurisgentium*, §. *dolo*, *de pact.* Sed quia de iis quæ obiiciuntur a Labeone, dubitari poterat, non abs re esse putavit eius quoque definitionem proponere, ut si cui magis placeret ad rem explicandam, ea uteretur; atque ut ostenderet nihil esse, cur nti quisquam metueret, subiecit definitionem veram esse. Quod si neque Labeonis ratio, neque Ulpiani aut Iustiniani auctoritas nobis officit in superiore definitione, quo minus ea retinenda sit: est plane, cur eam omnimodo retineamus, sive auctoritatem definientium spectemus, sive fidem & commoditatem definitionis. Auctores illa habet veteres pene omnes, qui de dolo scripserunt, eosdemque non solum iuris, sed etiam omnis alius prudentiæ & doctrinæ laude clarissimos. Definitionis primus auctor Gallus Aquilius teste Cicerone *Lib.* 3. *Offic.* Hanc ab illo acceptam usurpavit Servius eius discipulus, ut refertur in *d. L.* 1. *de dolo*. usurpavit deinde & Pedius: magni inprimis auctores; tribuitur enim & Pedio in *L. iurisgentium*, §. *dolo*, *D. de pact.* quo in loco & probat Ulpianus. Totidem verbis definivit Paulus *Lib.* 1. *recept. sent. Tit. de dolo*. Et ne quid desit ad auctoritatem, Cicero [14] *eodem Lib.* 3. *Offic.* eam definitionem Aquilio tribuens non solum probat, sed etiam insigni quodam elogio commendat, ut dicat responsum ab Aquilio sane luculenter, ut ab homine perito definiendi. De fide autem & commoditate definitionis, id est, quam vera sit, & ad rem explicandam accommodata, supra a me satis demonstratum puto. Sed cum vera quoque sit Labeonis definitio, cur non etiam ea utimur? & si utimur, cur de priore tantopere laboramus? Sane vero cur Labeonis definitione utamur, nihil prohibet. Sed rem non satis explicat, ut prior illa. Ut enim maxime sciamus dolum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad alium decipiendum adhibitam: tamen non magis hic scimus, quid sit dolus, quam prius. Æque enim incertum, quid sit calliditas, fallacia, machinatio, atque illud quid sit dolus; nec prius res explicatur, quam constiterit, quibus rebus & dolus hic, & fallacia, & machinatio admittatur. Id autem superior illa commodissime explicat, cum dicitur dolus esse, cum simulamus aliquid dissimulato consilio nocendi, & tamen re ipsa id agimus, ut alium fraudemus, id est, ut alii noceamus, & detrahamus iniuria. Quibus si addiderimus, quibus modis id fiat, ut fecimus; tum demum de dolo quæstio quid sit dolus, & ubi sit, erit explicata.

XVI. Ex his ergo satis intellectum est, quæ sint ea, quæ de dolo malo facta esse dicentur. Quam in genere facti secundam conditionem prætor posuit ad caussam huius actionis. De iis quæ ita facta sunt, actio est de dolo ex hoc edicto. Non semper: sed hac conditione, quæ tertia hic adiicitur, si de his rebus alia actio non erit. Quod eo pertinet, ut si quis deceptus aliam eo nomine actionem habeat, ea utatur, si velit: si nolit, nullam habeat, quia nec detur de dolo. Sed quid prohibet, quo minus hic etiam de dolo agi possit, ut pluribus actionibus teneatur, quem constat deliquisse? Nam & adversus furem scimus plures actiones esse constitutas, vel hoc maxime nomine, quo pluribus actionibus propositis magis teneretur. §. *sic itaque*, *Instit. de act.* Gravitas iudicii in caussa est. Est enim actio de dolo famosa, notata edicto de Infamibus. *L.* 1. *D. de his qui not. infa.* Visum est famosam actionem non temere debuisse a prætore decerni, si qua alia esset actio, qua res decepto æque salva esse posset. *L.* 1. §. *ait*, *D. de dolo*. *L. pen.* in fin. *D. de in int. rest.* Hæc verba, *si alia actio non erit*, sic accepta sunt [15] a veteribus, si quod aliud remedium nullum erit, fueritque quandoque dece-

13) Sed Pac. 2. Q. 73. dicit res definitas non esse easdem. In *d.* §. 9. definitionem probari Ulpiano non ceu doli in genere accepti, sed pacti dolo facti. Atqui Paulus 1. *Sent.* 8. §. 1. dolum simpliciter considerat. Et eamdem definitionem probat Augustin. ref. Decian. *Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 3.

14) Et 3. *de Nat. deor. & in Top. loco a genere*. Non obstat quod Ulpianus Servium auctorem facere videatur *d. L.* 1. §. 2. Neque enim dicit Servium primum ita definire. Quare non est ut ignorantiæ insimulemus Ulpianum cum Deciano 1. *Tr. crim.* 4. *n.* 1. & 2. quasi cum in Servii libris relatam definitionem, nulla auctoris mentione, forte legerit, eius inventorem Servium inde collegerit. Quanquam sciam Rævardum ad *L.* 23. *de R. I.* sentire quod Aquilius tantum definierit, *cum aliud simulatur, aliud agitur*: Servius vero subolens latens definitionis vitium, nec ab Aquilio, nec a Cicerone deprehensum, adiecisse verba: *machinatio alterius decipiendi caussa*: Utque honori collegæ parceret, Aquilii etiam verba retinuisse, alioqui ad definitionem non necessaria.

15) Late accipitur hic actio pro omni auxilio, quo res salva esse potest actori, Duar. *h. t. C.* 1. Hæc enim actio non tam contra dolosos inducta, ut puniantur arg. *L.* 3. *h. t.* quam pro deceptis, ut eorum indemnitati consulatur. Quare & si ipso iure tutus sit deceptus, ut contra illum adversarius non habeat actionem, cessat hæc actio. *L.* 1. §. 5. *h. t.* ubi Ant. Faber.

decepto rei servandæ caussa vel adversus eum qui decepit, vel adversus alium. Hæc enim est summa disputationis eius, in qua versatur horum verborum explicatio in *L.* 1. §. *ait*, & deinceps usque ad *L.* 7. §. *non solum*, *D. de dol.* summa breviter comprehensa in *d. L.* 7. in princ. Eius partes distinctæ propositæ totam sententiam in hac parte edicti, & veterum planam facient. Indicat ergo superior definitio, his verbis, *Si alia actio non erit*; tria contineri, quorum unumquodque actionem de dolo excludat etiam in his, quæ maxime dolo malo facta sint: remedium quodvis aliud rei servandæ caussa: remedium adversus quemlibet, etiam alium, quam qui decepit: remedium non solum quod nunc sit, sed etiam quod aliquando præcesserit, si culpa eius amissum est.

XVII. Primum quodcumque decepto remedium est servandæ eius rei de qua agitur, placet cessare de dolo actionem, *d. L.* 7. in princ. *de dol. d. L. pen.* in fin. *D. de in int. rest.* Alia remedia hæc esse possunt quatuor, alia actio quæ proprie ita dicitur; interdictum; in integrum restitutio; exceptio. Alia actio fuerit in contractibus bonæ fidei, si quis in his ex contrahentibus deceptus fuerit ab altero: quam ob caussam & cessat actio de dolo: ut in commodato commodati: *L. in commodato*, §. *sicut*, in fin. *D. commod.* In deposito depositi: *L.* 1. §. *ult. D. dep.* in mandato mandati: *L. si procuratorem*, § *ult. D. mand.* In emptione si venditor emptorem deceperit ex empto; si emptor venditorem ex vendito. *L. ea quæ*, §. *ultim. D. de cont. empt. L.* 6. §. *ult. L. Iulianus*, §. *si venditor*, *D. de act. empt. L.* & *eleganter*, §. *non solum*, §. *servus*. *L. si quis adfirmavit*, in princ. *L. arbitrio*, §. *de eo*. *D. de dolo*. In omnibus autem negotiis gerendis est actio ex stipulatu, si quis stipulatus sit ab eo cum quo quid geritur, dolum malum abesse, abfuturumve esse; & hæc actionem de dolo excludit. Est actio vetus in omnibus iis liberationibus, quibus creditor deceptus debitorem suum liberavit tantum per exceptionem: puta aut pacto, aut, quia eum absolvi iudicio passus est; in quibus & sic vetere actione agi placet, ut si obiicitur exceptio, hæc replicatione doli mali infirmetur. Cæterum denegatur de dolo actio. *L. sive apud*, *C. de transf. L cum te*, *D. de dolo*. Ex quasi contractu alia actio fuerit, si quid tutor in rebus pupilli dolo malo gesserit, in rebus domini is qui negotia eius administrat sine mandato. Illic tutelæ, hic negotiorum gestorum. *L. quidquid*, *C. arbit. tut. L. si negotia*, *D. de neg. gest.* Et hæ actionem de dolo excludent, adversus quemcumque de ea re competere cœperint. *L.* 6. *D. de dolo*. In maleficiis alia actio sit, quisquis sciens prudens aliquo facto nocet alteri, quod quidem factum in speciem unam aliquam maleficii cadat ex iis quas supra retulimus. Itaque ob damnum dolo malo datum, legis Aquiliæ actio est: ob bona rapta actio vi bonorum raptorum: cessat de dolo actio. *L.* 7. §. *si servum*. *L. arbitrio*, §. *de eo*, *D. de dol.* Cumque ex maleficiis quibusdam populares actiones sint, non omnino privatæ, etiam his placet actionem de dolo excludi. *L.* 7. in fin. pr. *D. de dol.* Finge aliquid dolo malo positum haberi in suggrunda protectove supra locum publicum: est actio in decem solidos adversus eum qui positum habet, quæ eadem popularis est. *L.* 1. §. *prætor*, §. *ult.* in prin. & fin. *D. de his qui deiec.* & *effud.* Hæc sufficiet, quanvis in eo agatur caussa publica, nec de dolo dabitur.

XVIII. Sed esto, non sit alia actio, verum interdictum aliquod de eo quod dolo malo factum est. Etsi in usu iuris interdictum non dicitur proprie actio, constatque hæc inter se distingui. *L. non solum*, in prin. *D. de proc. Inst. de act.* & *Tit. de interd.* tamen & hic verbum actionis sic accipitur, ut contineatur interdictum, placetque cum id erit, hoc edictum cessare. *L.* 1. §. *ait*, *de dolo*. Eiusmodi interdictum fuerit, quod vi aut clam; sive quod dolo malo factum sit ab eo qui opus instituit, ne adversarius id sciret, ut facilius clam eo fieret; sive cum sciente eo faceret, dederit operam, ne is posset opus prohibere, aut non posset tempestive. In his dolum admitti ab eo, qui ita opus facit, perspicuum est. Constat tamen ex hac omni caussa interdictum quod vi aut clam competere. *L.* 3. §. *ultim. L.* 5. §. *vi facit*, *D. quod vi aut clam*. Quare & hic actionem de dolo non dabimus.

XIX. Immo etsi quis de eo quod dolo malo gestum est, possit in integrum restitui, placet non debere ei hanc actionem dari. *L.* 1. §. *antep. de dolo*, *L. pen.* §. 1. *D. de in int. rest.* Finge creditorem deceptum liberasse acceptilatione debitorem suum. *Maior annis creditor*, inquit Ulpianus, *de dolo habebit actionem*, *minor autem in integrum restituetur*. L. quidam, *D. de dolo*. Et tamen in integrum restitutio longius recedit ab actione, quam inter-

interdictum, ut Tituli *de integrum restitutionibus* distincti a Titulis *de actionibus* declarant. Certe in *L. actionis*, *D. de obl. & act.* actionis verbo subiicitur interdictum, non item in integrum restitutio. Sed in integrum restitutione res nobis salva esse potest, hoc satis, ut ne sit actioni de dolo locus.

XX. Quid exceptio, quam nihil minus est quam actio? si quidem ipsa actionis exclusio est, & quæ actioni opponitur. *L.* 2. *D. de except.* Tamen si eo quod dolo malo factum est, sit decepto vel exceptio, qua se tueri possit, placet cessare hanc actionem, tantumque satis esse, quod res hoc remedio ei ad quem ea res pertinet, salva esse potest. *L.* 1. §. *ait*, *L.* 7. in princip. *D. de dolo*. Est autem exceptioni locus in his quæ quis deceptus dolo stipulanti promisit. Nam alioqui ex stipulatione promissor iure civili obligatur. §. *de constituta*. sed exceptione doli mali actio summovetur. *L. dolo*, *C. de inut. stipul. Inst. de except.* in pr. Hac exceptione tutus, sive conveniatur, sive non conveniatur, de dolo actionem non desiderabit, eaque etiam volens non utetur. Aliter, atque si quis metu coactus quid promiserit, ubi etsi adversus actionem eodem iure datam exceptio est quod metus caussa. *d. L. dolo*, *C. de inut. stip.* Tamen in potestate est promissoris, utrum actionem expectet, adversus quam utatur exceptione, an vero ultro agat quod metus caussa, ut a stipulatore per acceptilationem liberetur. *L.* 2. §. *sed quod prætor*, *D. de dolo*. Quippe actio quod metus caussa datur sine exceptione de omni eo quod metus caussa gestum est: actio de dolo hac conditione, si de eo quod dolo malo factum est, non sit alia actio, & hoc propter gravitatem huius iudicii, ut dixi.

XXI. Sed cum edictum de alia actione loquatur, pleraque autem ex his remediis non sint actiones, ut proprie actiones dicuntur in usu iuris, videndum, unde hoc sumptum sit veteribus, ut illa quoque dicerent actionis verbo in hoc edicto contineri? Nam nisi quid proponitur, cur recedatur a proprietate verborum, recte præcipitur ei in re dubia standum esse. *L.* 1. §. *licet*, vers. *in re igitur*, *D. de exercit. act.* Cumque in omnibus aliis partibus iuris id faciendum est: tum vero maxime in superiore conditione huius edicti faciendum videtur. Quo enim plura remedia esse dixerimus, quæ contineantur hac conditione, eo pluribus modis eveniet, ut fraudator non teneatur actione de dolo, eiusque iudicii infamia. At convenire videbatur hanc potius actionem quantum per verba licet, maxime retineri. Recte enim Paulus, *expedit*, inquit, *in delictis timere delicti pœnam*. L. si unus, §. *pacto*, *D. de pact.* Accedemus etiam verbis edicti convenire posse interdictum & in integrum restitutionem: ut certe convenire recte dixeris. Sunt enim hæ persecutiones, quibus iudicio prosequimur quod nobis debetur. Id autem est actio, cum generaliter definire volumus. *Inst de act.* In princ. unde & dicuntur actionis verbo contineri in *L. actionis*, *D. de obl. & act.* At illud certe defendi posse non videtur, quod admiserunt his verbis etiam exceptionem contineri. Ut enim dixi, tantum abest, ut exceptio sit actio, ut sit etiam actioni contraria, utpote comparata, ut ei opponatur, eamque excludat. *d. L.* 2. *D. de exception.* De quibus breviter respondeo, recte dici hæc omnia, nec debuisse remedia illa posteriora ex verbo actionis admitti, omniumque minime exceptionem, nisi constaret hanc esse sententiam prætoris ut ex eo verbo omnia ista admitterentur. Nunc autem id prætor voluit. Nec difficile est hanc sententiam intelligi ex ratione edicti. Cur enim non dat prætor actionem de dolo, si alia sit actio? Non dubium, quin ideo, quia famosa est hæc actio de dolo, & alia actione competente res decepto æque salva esse potest, ut non fuerit necesse in eam rem constituere graviorem actionem, cuius infamiam nullo privato commodo actoris cederet. At æque res salva esse potest aliis superioribus omnibus remediis, & ubique de eadem actione de dolo agitur. Quare & sententia sua prætor eadem illa omnia remedia ad excludendam hanc actionem admitti voluit. Denique hoc satis est dici, de quo convenit inter omnes veteres in interpretatione omnis iuris, in quibus caussis eadem ratio est, & in his idem ius esse statuendum. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Quod si id tum recte dicitur, etiam cum verba legis cessant: multo magis tum admittendum est, cum quæ inducuntur, eius rei de qua lege cautum est, vim & potestatem obtinent. Quo argumento, quæ emptori in lege tribuuntur, eadem placet & ei tribui, qui permutavit: quia scilicet permutatio vicem emptionis obtinet. *L. sciendum*, §. *pen. D. de ædil. edict.* *L.* 2. *C. de rer. perm.* At talia sunt cum de actione agitur, non solum interdictum & in integrum restitutio, quas persecutiones iuris nostri esse diximus,

mus, eoque & actionis verbo merito contineri, *d. L. actionis*, *D. de obligat. & actionib.* sed etiam exceptio. Sane enim illa si cum actione conferatur, non est actio, sed si per se spectetur, actionis vicem obtinet. Nam ut actor agendo quid intendit, & intendendo sibi præstari postulat: sic utrumque & reus excipiendo. *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Et ut actor actione suum consequitur; sic & reus exceptione, & quidem eo facilius exceptione, quam actione, quod facilius est cum possidemus ius nostrum tenere per retentionem, quam alio possidente agentibus nobis vincere. *§. retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd. L. si servum*, *§. sequitur*, in fin. *D. de verb. obl.* Quibus de caussis etiam factum est, ut dictus sit reus in exceptione actor esse. *L. 1. D. de except.* proinde & in exceptione actoris partibus fungi debere. *d. L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Recte igitur veteres his verbis, *si alia actio non erit*, omne remedium aliud servandæ rei contineri intellexerunt.

XXII. Secundum illud continetur iisdem verbis, ut si decepto alia potest esse actio, aliudve remedium adversus alium, quam adversus eum qui decepit, non detur de dolo actio ne adversus eum quidem qui decepit. Quod quidem verbis ipsis edicti efficitur. Non enim [16] dicit prætor, si de his rebus adversus eum qui dolo fecit, actio non erit: sed simpliciter si de his rebus *alia actio non erit*. Est autem alia actio, sive adversus eum sit, qui dolo fecit, sive adversus alium. Quod accidit in iis quæ pupillus gessit cum alio tutoris auctoritate, aut dominus per procuratorem in iudicio. Deceptus est pupillus a Titio, tutore auctore colludente, aut per summam culpam fraudem non animadvertente. Hic tutorem pupillo tutelæ actione teneri ob rem male gestam, iam ante diximus. *L. 1. D. de tut. & rat. dist. L. quidquid*, *C. arb. tut.* Hac ipsa de caussa probandum est non habere pupillum de dolo actionem adversus Titium, quanvis hic maxime sit, qui dolum adhibuerit. *L. 5. D. de dolo.* Egerit & procurator meus iudicio, ac dolo malo passus sit adversarium vinci. Etsi dolo fecit adversarius: tamen quia mihi eo nomine actio mandati est adversus procuratorem. *L. procuratorem. L. a procuratore*, *C. mand.* de dolo actio adversus eum qui vicit, non competet. *L. & eleganter*, *§. pen. D. de dol.* Sic tamen alia actio quæ adversus alium est, actionem de dolo excludet, si is alius solvendo sit. Quod si aut in priore specie tutor, aut in posteriore procurator meus solvendo non erunt, placet nihil esse impedimento de dolo actioni: hac ratione, quod non videatur adversus eum esse actio, propter cuius inopiam inanis actio est, *d. L. 5.* & *L. 6 d. L. & eleganter*, *§. pen.* in fin. *de dolo*.

XXIII. Tertium continetur superioribus verbis, ut quanvis nulla sit decepto alia actio, nullum remedium de eo quod dolo malo factum est: tamen non sit ei de dolo actio, si quando alia actio ei fuit, & hanc facto negligentiave sua amisit. Facto suo aliam actionem amittit, si eam quam prius habebat, dum forte de ea transigere vult, deductam in stipulationem acceptilatione, vel alio modo, puta novatione sustulit. Alia actione hoc modo perempta, incipit quidem ei alia actio non esse; sed placet non eo magis actionem de dolo ei dandam, quia quam prius habebat, eum facto suo amiterit. *L. 1. §. pen. D. de dol.* Hoc tamen ita, nisi & in alia actione amittenda dolum malum passus sit. *d. L. 1. §. pen. L. 4. C. de transf.* Negligentia sua aliam actionem amittit deceptus, si habuit aliam actionem temporalem, & dum intra tempus constitutum non agit, actio tempore finita est. Quanvis hic quoque desierit aliam actionem habere: tamen placet nihilomagis quam supra actionem de dolo ei competere debere, sibi imputaturo, qui & hic culpa sua actionem [17] amiserit, *d. L. 1. §. antep. de dolo*. Emptor, exempli caussa, in vitiis & moribus rei venditæ deceptus a venditore, dum ille sciens dissimulat, habet eo nomine actionem ad redhibendum, sed intra sex menses dumtaxat. *L. sciendum*, *§. ultim. D. de æd. ed.* Finge eum intra eos menses redhibitoria non experiri. Sine dubio desiit aliam actionem habere ad redhibendum. Num ergo ei decepto intra annum saltem de dolo dabitur? non placuit: quia redhibitoriam quam prius habuit ad eam rem, culpa sua amisit. Quid ergo, si in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut ne aliquod vitium aut morbum putaret subesse, atque hoc errore falsus intra tempus constitutum redhibitoria non ageret? Etiam hic ut supra, prio-

16) Item quia tunc decepti non interest. Ergo per *L. 18. pr. h. t.*

17) Suæ enim negligentiæ imputet *L. 203. de R. I.* aliquin hæc negligentia & ipsi prodesset, & adversario noceret, qui teneretur actione famosa, qua, si actio illa tempore non amissa esset, conveniri non potuisset, A. Fab. ad *L. 1. §. pen. hoc tit.*

priore actione amissa, supererit decepto de dolo actio. *d. L.* 1. §. *antep.* in fin. *de dol.* Sed videamus, ne totum hoc tertium amissa alia actione, parum atque adeo nullo modo conveniat verbis edicti, proinde nec debuerit induci a veteribus. Nam prætor non dicit, si de his rebus alia actio non erit, fueritve; sed simpliciter, si alia actio non erit; nempe tunc, cum iudicium postulatur; ut scilicet intelligatur prætor hoc polliceri, si tunc alia actio non erit, se de dolo daturum. Et hoc omnino ita se habet, eaque plane verborum edicti sententia est. Sed veteres etiam tunc aliam actionem esse [18] interpretati sunt, cum ea alia quæ prius fuit, actoris culpa amissa est. Non quia adhuc supersit revera; sed quia hoc perinde haberi debeat adversus eum, qui fecerit ne haberet, quive culpa sua hoc damnum senserit. Quod regulis iuris notis efficitur his; Factum cuique suum, non adversario nocere debet. *L. factum cuique, D. de reg. iur.* Constat igitur veteribus superioris omnis interpretationis ratio, cum dicimus his verbis, *si alia actio non erit*, tria illa contineri, quæ ante sigillatim exposuimus. Quibus in summa efficitur sine exceptione, actionem de dolo decepto non dari, si quod ei rei servandæ caussa remedium aut sit, aut fuerit aliquando vel adversus fraudatorem, vel adversus alium quemlibet.

XXIV. Hinc quæsitum hoc loco, sitne hæc sententia perpetui iuris, ut nunquam detur de dolo actio, si qua alia actio competit de eo, quod dolo malo factum est. Iam dixi edicto nihil excipi: & dilucide verba edicti scripta sunt. Sed nec usquam quidquam nominatim exceptum legimus a veteribus. Et quid dico nihil exceptum? Immo ne qua sit dubitatio, exstat hæc definitio in *L. pen.* §. 1. *D. de in int. rest.* tunc demum ad actionem de dolo descendendum esse, cum remedio locus esse non potest. Quibus verbis nemo ignorat hanc sententiam exprimi, nunquam prius veniri ad actionem de dolo, quam cum aliud remedium rei servandæ nullum est. Cui sententiæ congruit definitio Pomponii, quæ refertur in *L. & elegante*r, 7. in pr. *de dolo*. Sed rem dubiam fecerunt species nonnullæ; in quibus legimus actionem de dolo dari, ubi tamen ex aliis locis constat aliam actionem ex eadem caussa competere. Eæ species sunt sex, quarum de unaquaque dicam breviter sigillatim, quod videatur commode ad eorum explicationem dici posse, ac dicam ita, ut in omnibus sententia edicti, & definitio superior generalis servetur.

XXV. Prima species est eorum, quæ metus caussa gesta sunt. Nam eum qui metum intulit, quem constat teneri actione quod metus caussa, etiam de dolo teneri scriptum est in *L. item*, §. *eum qui*, *pen. D. quod met. cau.* Et vulgo ex his verbis tam dilucide scriptis utramque hanc actionem in hac caussa concurrere admiserunt. Et addunt rationem, quia utraque actio eiusdem [19] sit potestatis, ac præter pœnam quadrupli eadem; utraque præterea arbitraria, utraque ad rei restitutionem competens, ex turpi facto utraque. Ne hanc sententiam admiserimus. Oppugnat enim edictum de dolo, & definitionem superiorem, de cuius verbis dubitari non potest. Sed & quod dicunt has actiones eiusdem esse potestatis, ac pene re esse easdem, verum non est. Cætera dici possunt similia. Illud certe in re & gravitate iudicii longe dissimillimum, quod actio de dolo famosa est: actio quod metus caussa [20] non item. Non enim notatur edicto prætoris de infamibus, ut nominatim actio de dolo. *L. 1. D. de his qui not. infam.* Dicendum est, quod & in eius loci explicatione Eguinario Baroni videtur: etsi dicitur is, qui metum intulit, etiam de dolo teneri; non ideo statim ex eo colligi debere, si is recuset actionem de dolo in se dari, nihilominus adversus invitum & recusantem [21] dandam esse. Nam & in *L. penul.* §. 1. *D.*

18) Diss. Ant. Fab. ad *L.* 14. §. 13. *Quod met. ca. &* *ad L.* 1. §. 4. *h. t.* sentiens concurrere posse hanc actionem cum alia actione æque famosa, ut quod metus caussa *d.* §. 13. (atqui hæc non famosa vid. *N. seq.*) Mandati *L.* 1. C. *h. t.* Sed refellitur ex *L.* 5. *h. t.* ad quam licet resp. Faber ibi actionem tutelæ æque famosam non dari contra eundem, qui dolo fecit, sic tamen inferre licet: Si quoties res alia actione contra alium data licet famosa, servari potest decepto, actioni de dolo locus non est: minus eidem locus erit, cum servari potest alia actione contra eundem data; maxime autem ex *L.* 7. §. 7. *h. t.* ubi non concurrit cum actione furti, cum tamen alias odio furum plures actiones facile admittantur. Diss. aliter Iac. Scult. *Q. Pract.* 7. vid. *infra N.* 25

19) Ita Pac. 3. *Q.* 74. Utraque ait subsidiaria & fere pari passu ambulant.

20) Diss. A. Fab. ad *d.* §. 13 quia, inquit, vis non infertur sine dolo. Quæ ratio nec perpetua est, vid. *supra N.* 11. nec etsi esset; firma inde illatio: alias, quod nemo dicet, quacunque actione dolus vindicabitur: itemque omnia interdicta retinendæ & recuperandæ possessionis erunt famosa, quod falsissimum. Et male Faber, ideo non connumerati actionibus famosis, Quod metus caussa, quia non, ut de dolo, semper famosa, veluti cum datur contra tertium possessorem. Nam nec de dolo semper famosa est; ut cum datur contra heredes, pupillum ex dolo tutoris &c. *L.* 13. *L.* 15. *h. t.* ubi non minus de dolo actio vocatur.

21) Sed Baro ad *d. L.* 14. §. 13. sic potius: Dari de dolo actionem nulla metus mentione facta, Quod metus caussa, nulla doli, & ad *L.* 1. *h. t.* Cum solus, ait, dolus absque metu allegatur, etsi metus vere illatus sit, non intelli-

de in int. restit. proponitur species, in qua similiter dicitur decepto competere actio de dolo. Et tamen adiicitur, si is restitutione in integrum rem salvam habere possit, boni prætoris esse potius restituere litem, ut & ratio & æquitas postulabit, nempe postulante adversario: quam actionem famosam constituere Hoc idem & in proposito recte usurpabimus. Dicemus igitur eum qui metum intulit, summo iure teneri & de dolo, ex quo eveniet, ut si hac actione conventus nihil adiiciat de mutanda actione, sed tantum neget se dolo quid fecisse: procedat actio adversus eum, & probato metu videatur & de dolo recte probasse, quia in metu illato & dolus inest. Sed si is, cum quo ex metus caussa agitur actione de dolo, initio deprecetur hanc actionem, & postulet potius actionem quod metus in se dari, audiendus est, & iuxta superiorem sententiam alia actione res restituenda potius, quam actio famosa constituenda.

XXVI. Secunda species est ea quæ proponitur in *L. si legatarius*, *D.* de dolo. *Legatarius cui supra modum legis Falcidiæ legatum erat, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando, vel quadam alia fallacia persuasit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficeret hereditas, atque eo modo solida legata consecutus est: datur*, inquit Caius, *de dolo actio*. Sic enim totius eius loci verba sunt, Atqui constat ex aliis locis heredi hoc nomine competere indebiti condictionem, ubi scilicet vere indebitum & per errorem facti solvit. *L. error*, *C. ad leg Falcid. L. si per ignorantiam. L. fideicommissum*, *C. de condict. indeb.* Ne hic cum vulgo admiserimus in hac specie utramque actionem, dicamusque ideo id fieri, quia generalis hic sit condictio, cuius species sit actio de dolo. Nam & hic aliud remedium concedentes, nihilominus daremus actionem de dolo contra manifesta verba edicti, & veterum sententias: & præterea ineptum est, quod hic dicitur de condictione generali, quæ est actio in personam: cum constet indebiti repetendi caussa esse specialem condictionem indebiti. De responso Caii sic commode respondebimus. *Datur*, inquit ille, *de dolo actio*. Non exprimit, qua de re; tantum in specie proposita dicit dari actionem de dolo. Hoc sic accipiemus, ut detur interdum in proposito, non semper: datur autem ex sententia edicti, cum de ea re de qua agitur, alia actio heredi non erit: quatenus autem alia erit, de dolo non detur repugnantibus edicti verbis. Ut autem in proposito non sit heredi alia actio, sic contingere potest, si heres illa fallacia persuasus eodem errore & aliis quibusdam legata solida [22] solverit, hi autem solvendo non sint. Hic enim quod amplius est, quam per legem heres debuit, neque a fraudatore repetere potest, cui hoc solutum non est; neque ab iis quibus solvit, quia non sunt solvendo. Ita restat sola actio de dolo, qua repetat a fraudatore, quod deceptus amisit, & hæc eo nomine dabitur. Nec ad rem pertinet, quod isti alii, quibus indebitum solutum est, nihilominus iure tenentur indebiti condictione, ac proinde semper est adversus eos alia actio. Iam enim dixi, non videri actionem esse, quæ propter inopiam debitoris inanis est. *L. 6. D. de dolo*. Cæterum neque de iis, quæ fraudatori indebita soluta sunt, unquam erit adversus eum de dolo actio, cum sufficiat condictio indebiti; neque de iis quæ soluta sunt aliis quamdiu solvendo erunt, cum & hi proprio nomine teneantur, & sit etiam adversus eos eadem condictio.

XXVII. Tertia species est in eo negotio, cum feci ut dares, & posteaquam feci, cessas dare, veluti, cum manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum dares, & postquam manumisi, non das; aut cum indicavi tibi furem, ut mihi decem dares, & posteaquam indicavi, non das. De hac specie scriptum est in *L. naturalis*, *§. quod si faciam*, *D. de præscr. verb.* nullam hic esse civilem actionem, & ideo de

telligitor esse alia actio. Quod si metum alleget actor, non potest agere de dolo Sed hæc non satisf ciunt. Puto itaque verba *de dolo* oon exponenda de actione hac nostra, sed materialiter oon formaliter, ot quidam loquuntur, accipienda. De dolo id est nomine doli, propter dolum, ratione doli commissi ut infra *N.* 23. Nam si fraus cum vi adhibita, tenetur etiam ex caussa doli metui coniuncti, ooo tamen actione quæ de dolo vocatur, sed ipsa actione, Quod metus caussa, qua simul persequitur, quod sibi abest ratione doli: Nec resistunt verba seqq. *& consumi &c.* quæ sic interpretor; Si quis metum passus ab eo, cui ipse prior intulerat ex isto edicto agat: obiicietur ei exceptio, nisi tu prior metum intulisses, uti exemplum *in L. 12. §. 1. Quod met ca.* Et sic paria delicta mutua pensatione dissolvuntur *L. 39. sol. matr.* Facit *L. ult. §. 2. Quod vi aut clam. L. 36. h. t.* Qood si de dolo & Quod metus caussa actiones concurrerent, neutra alteram consumeret. Quia de dolo est rei persequutoria *L 17 h. t* Quod metus caussa, si non pareatur arbitrio, pœnalis. Quando autem actio pœnalis & rei persequutoria concurrunt, neutra alteram perimit *L 7. §. 1. de cond. furt.* Non igitur diceret Ulpianus ita fidenter certum esse, qood si non falsum esset, saltem speciale & a communi iuris regula abnorme.

22) Aliter Cuiac. & A. Fab. *ad d. L. 23.* & Pac. 2. Q. 84. condicti dari si ex proprio errore solvit *d. L. 6. & 7.* non si persuasus ab alio. Sed obstat *L. ult. C. de reb. cred* Resp Cuiac. *in not d L.* 23 ibi ex sua facilitate iusiurandum detulisse heredem. At *d. L.* 23. loqui de legatario, qui ultro iurando persuasit heredi sibi deberi, ubi non tam suo errore deceptus heres, quam fallacia iurantis.

de dolo dari. At aliis locis datur in hac specie actio præscriptis verbis. *L. solent. L. si tibi. D. de præsc. verb. L. iurisgentium*, 2. respons. *D. de pact.* Exercuit hæc antinomia omnium ætatum doctissimos interpretes: ex quibus alii defendunt in hac caussa præscriptis verbis actionem aut in factum non dari. Ideo recte dari de dolo, ut sunt verba *d.* §. *quod si faciam*. Alii cum de actione præscriptis verbis in hac specie danda negare non auderent, hanc ipsam aut certe actionem in factum cum actione de dolo admiserunt. Sed priores multis & locis & argumentis convincuntur. Posteriores sententiam inducunt huic edicto plane contrariam. Negari enim non potest actionem præscriptis verbis esse actionem: certe remedium, quo res actori salva esse possit: ut hoc remedio concesso non sit danda de dolo actio, ut est in *L. pen.* in fin. *D. de in int. rest.* Longum esset hoc loco recensere, quæ disserui fusius de tota hac quæstione in *Libro de præscriptis verbis & in factum actione*. Et vero non est necesse, cum si quis requirat, inde sumi possint. Tantum nunc breviter & nude sententiæ meæ summam proponam, accommodatam huic edicto, spero etiam attemperatam ad mentem Pauli in *d.* §. *quod si faciam*. Summa ergo hæc est, in hoc negotio cum feci ut dares, si posteaquam feci, cessas dare, agi de duabus rebus, quarum de una nulla sit civilis actio, ideo & recte detur de dolo: de altera sit actio præscriptis verbis, quamobrem & hac parte cesset de dolo actio. Hic enim qui fecit, aut laborat ut revocetur factum, aut facti cogitatione omissa quod promissum est sibi præstari postulat. Si de revocando facto agitur, eius revocandi nulla est actio. Non præscriptis verbis, quæ in id tantum est, ut fiat id de quo convenit: non condictio, quia non est condictio nisi eius, quod reddi potest natura: facta autem infecta fieri non possunt, & præsertim si ancillam manumiserim, ut mihi Pamphilum dares, ubi libertatem revocari non posse constat. Hic ergo si velim revocatum, quod mihi eo facto abest, non alia in eam rem esse possit actio, quam de dolo. Et vero in hanc rem de dolo dabitur sententia diserte comprehensa in *L. cum proponas, C. de dolo*. Quod si malim agere in id quod mea interest, quia non præstas id de quo convenit, quia forte pluris sit Pamphilus qui ex conventione dari debuit, quam ancilla a me manumissa: ne dubitemus ex ea conventione & negotio civili gesto esse actionem præscriptis verbis, cui toties locus est, cum ii contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt. *L.* 2. *L.* 3. *D. de præsc. verb.* Ac proinde etiam hoc casu actio de dolo non dabitur: quod huic edicto convenit. *L. si quis adfirmavit*, §. *Labeo. D. de dolo*. Tantum in hac posteriore parte responsum Pauli nos impedit in *d.* §. *quod si faciam*. Qui generaliter loquens de toto negotio ita definire videtur in utramque partem: quod si faciam, ut des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio; & ideo de dolo dabitur. Ego autem ea verba de priore tantum parte interpretor ad hanc sententiam. Nulla erit civilis actio, intellige qualem supra civilem actionem prius nominavit in toto hoc tractatu *ob rem dati*; ea autem est condictio repetendi eius quod datum est, ut quid dares aut faceres: & ita, nulla erit in hac specie condictio ad repetendum quod factum est. Ideo de dolo dabitur: nempe hoc ipso casu, in quem alia actio desideratur, & ea nulla est. Plura ad explicationem & confirmationem huius interpretationis licet ex commentario ipso petere.

XXVIII. Quarta species est, ea de qua in *L.* 1. *C. de dol.* fideiussor rem pignori a debitore obligatam emit a creditore ius pignoris exsequente. Placet hac emptione non ita rem fieri fideiussoris, quin si debitor aut heres eius pretium ei quandoque offerat, eam rem petentibus restituere debeat. Quod nisi restituat, scriptum est in *d. L.* 1. futurum, ut fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri. At alibi traditur ex hac caussa esse adversus fideiussorem actionem mandati. *L. si mandata*, 54. §. 1. *D. mand.* Et recte: cum inter fideiussorem & mandatorem mandatum interveniat, ut fideiussor solvat, solvendo pignus liberet: non utique sibi & in rem suam, sed debitoris gratia, cui ex bona fide res hic geri debet. Et res ita habet, ut mandati detur in hac specie, & quia datur, non competat de dolo, ex edicto. Neque hoc negatur in *d. L.* 1. Non enim illic dicitur, posse in ea caussa actionem de dolo exerceri, ut illa verba, de dolo, coniungantur cum verbo actio, atque ita coniunctis his verbis efficiatur ea actio de dolo, de qua agimus: sed separantur hæc verba, atque ita separatim dicitur, de dolo in hac specie posse actionem exerceri. Quæ disiuncta indicant aliud his verbis significari, quam actionem de dolo, quæ specialiter ita dicitur: atque illa verba de

dolo per se & naturaliter esse accipienda; ut significetur posse in ea caussa agi de dolo, id est, aut de eo quod dolo malo a fideiussore in ea caussa factum est, aut propter dolum, qui in ea re a fideiussore admissus est. Quo modo posteriore accepit Ioannes, cuius & sententiam repudiatis omnibus aliis probat [23] Accursius in *d. L.* 1. Recte, & ex usu iuris, ubi hæc verba seiunguntur. Dicimus enim venditorem re evicta teneri, & conveniri de evictione. *L. cum status, C. de eviction.* cum id significatur, quod alibi passim dicitur teneri eum ob evictionem, seu evictionis nomine. *L. si non iniuria, C. de evictionib. L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.* Sed faciamus ita verba esse, posse de dolo actionem exerceri: tamen diceremus, cum alii loci, & hoc edictum aperte repugnent, quominus hic detur & mandati simul & de dolo, verba hæc de dolo ita interpretanda, ut diximus. Non diceretur quidem hoc ita usitate; sed tamen proprie, & ex significatione verborum. Et ut fortasse nec proprie: tamen nihilominus recte hic idem sequeremur. Quod enim præcipitur a proprietate verborum recedi non oportere: ita temperatur, ut non oporteat in re dubia. In re autem certa placet id sequendum, quod qui loquitur, voluit. *L.* 1. *§. licet*, illic, *in re igitur, D. de extraord. act.* Definit autem in proposito dubium esse, quid sequamur, cum sine manifesto vitio actionem de dolo interpretari non possumus. Certi enim iuris præceptio est in ambigua voce legis eam significationem capiendam esse, quæ vitio caret, cum voluntas legis ex hoc colligi possit. *L. in ambigua, D. de legib.*

XXIX. Quinta species est, quæ proponitur in *L. si fideiussor, D. de dolo*. Debitor animal stipulanti promisit, & in eam caussam fideiussorem dedit. Fideiussor animal promissum occidit sciens dolo malo, qua ex re etiam iure ipso liberationem consecutus est. Eo enim interitu, qui sine culpa debitoris contigit, factum est, ut debitor liberaretur. *L. si ex legati, D. de verb. obl.* Quo liberato necesse est liberari & accessiones, puta fideiussores & pignora. *L. in omnibus speciebus, D. de solut.* Quæ ergo hic actio adversus fideiussorem ob rem dolo eius amissam? Et Papinianus in *d. L.* si fideiussor. *de dolo actionem*, inquit, *reddi adversus eum oportere Neratius Priscus & Iulianus responderunt*. At aliis locis compluribus constanter traditum est utilem in hac specie actionem ex stipulatione adversus fideiussorem dari. *L. mora, §. ult. D. de usur. L. cum filiusfamilias, L. mora, D. de verb. obl.* Et reddit rationem Paulus in *L. si servum, §. nunc videamus, D. de verb. obl.* quia iniquum sit quemquam suo facto liberari. Et observandum est Papinianum supra cum actionem de dolo reddi debere scripsit, referre in eo Neratii & Iuliani sententias. Dubium est, an probarit. Et probasse etiam diceremus, si de eius sententia nihil aliunde constaret. Quorsum enim retulisse, nisi ut his uteretur. Nunc autem exstat huius ipsius Papiniani responsum in *L. Stichum*, in fin. pr. ubi repudiata actione de dolo in hac specie fideiussorem ex stipulatu actione teneri scribit. Ex quo intelligimus, quod supra retulit superiorum sententias, sic accipi debere, ut retulerit tantum, non [24] probarit. De quo scripsi plura ad *d. L. cum filiusfamilias, D. de verb. oblig.*

XXX. Sexta & postrema species est ea, quæ refertur in *L. servus, §. ult. D. de dolo*. Persuasit debitor heredi socii sui sibi nullam societatem fuisse cum defuncto: proinde nihil se ex ea caussa defuncto debuisse: quam ob caussam & heres eum debitorem iudicio absolvi passus est. Scribit Paulus his verbis: dandam heredi eo nomine de dolo actionem Iulianus scribit. Contra idem Paulus in eodem fallaciæ & liberationis genere scribit in *L. cum a te, D. eod. tit. de dolo*, placuisse de dolo actionem adversus debitorem non dari, quia alio modo succurri creditori possit. Nam eum ex integro agere posse, & si obiiciatur exceptio rei iudicatæ, replica-

23) Et Cuiac. 3. *Obs.* 37. Pac. 2. *Q.* 74. qui & hanc L. fugitivam vocant ac P. Bus. 5. *Subtilit.* 16 *& ad L.* 1. *§.* 4. *& LL. seqq. D. hoc tit. n.* 4. Et probat Cuiac. ex verbis *fidei rupta*: In directis enim actionibus de fide rupta agitur *L.* 5. *pr. Depos. & simil.* Iacob. Schulcet. *Q. pract.* 7. *n.* 12. *& seq.* putat *in d. L.* 59. §. 1. ex mandato debitoris fideiussorem emisse pignus. At in *d. L.* 1. mandati enim fines excessisse mandatoris incommodo, ideoque mandati actionem saltem quoad eum casum cessare. Cui multa obsistunt: (1) Sic nulla dubitatio quin sit mandati actio. (2) Sic non emisset ut fideiussor: sed ut mandatarius quivis; neque opponeretur extraneo emptori. (3) Non ei offerendum esset omne debitum, sed quanti rem emisset, sive pretium istud maius sit debito (ut plerumque pignoris æstimatio id excedit) sive minus. (4) Finibus mandati excessis incommodo mandantis, non obligatus quidem mandator mandatario, nec actioni mandati contrariæ locus, quatenus excessit, vid. *Lib.* 13. *C.* 12. At actionem mandati directam cessare nemo dicet.

24) Ita & noster *ad L.* 49. *de V. O. n.* 9. & A. Fab. 2. *Coniect.* 12. *ad d. L.* 19. Sed melius forte resp. Bart. dist. an obligatio pura vel purificata eo tempore quo occidit, ut tunc constituatur in mora & teneatur ex stipulatu: an in diem, aut sub conditione, quæ nondum venerit, ubi non in mora constituatur, & proinde de dolo actio. Facit *L.* 127. *de V. O. L.* 88. *de R. I.*

plicatione iure usurum. Hic licet idem respondere, quod supra, cum Paulus in hac specie prius respondit actionem de dolo dandam Iulianum scribere, retulisse quidem eum Iuliani in eo sententiam; sed [25] non probasse. Id autem liquere ex *d. L. cum a te*. Nam cum sit utriusque loci auctor idem Paulus, species utrobique ita facto diver-

25) Inane effugium. Nec melius Baro. *ad d. L.* 20. inter veteres non convenisse & compositores utramque sententiam, tanquam nihil incommodi habentem, reliquisse. Imo vero hoc ipsum sat incommodi esset, quod diversæ relictæ. Cuiac. 22. *Obs.* 15. In specie *d. L.* 20. *§. ult. item L.* 7. *§. pen. L.* 14. *L.* 21. h. t. *res iudicata*, ait, *omnimodo liberat debitorem*, quia non *quod solverit, reus absolutus*; sed *quod debitor non fuerit*. Et hic sententia lata ipso iure peremit obligationem. Unde necesse est dari actionem de dolo, ne deceptus maneat actor, nisi paratus sit reus ex integro iudicium idem subire, quo absolutus est *d. L.* 7. *§. pen.* Male, quia sententia ipso iure non tollit obligationem *§.* 5. *I. de except.* Et si sublata: quomodo vel parato suscipere reo intentari poterit? Neque enim nuda partium voluntate restituetur. Eodem tendit resp. Pac. 2. Q. 83. talis: Convenitis pristina actione *d. L.* 25. scilicet si paratus es eam suscipere. Quod si renuis, de dolo *d. L.* 20. Atqui non est in potestate rei conventi suscipere actionem velit necne; sed, si modo iure in eum datur, invitus cogitur. Hoc discrepant hæ solutiones quod Cuiacius regulam ponit actionem de dolo dari, nisi reus veterem actionem postulet. Contra Pac. actionem veterem dari, nisi reus eam recuset. Videtur mihi Pac. sectari voluisse Cuiacium, nec illius mentem perfecte assecutum. Firma solutio Ant. Fab. ad *d. L.* 20. In specie *d. L.* 20. dolus quidem caussam dedit rei iudicatæ; ea tamen non a dolo, sed potestate iudicis vim accepit, nec exceptioni rei iudicatæ replicatio doli obiici potest arg. *L.* 23. *§.* 3. *ex verbis doli post secuti de cond. ind.* iunct. *L.* 20. *C. de transf.* (quod & probat Henr. Suerin. *Rep. Lect. C.* 13. arg. *L.* 15. *de exc.* quia contra exceptionem iurisiurandi non datur. Sed non firma illatio per *L.* 2 *de iureiur.*) In specie autem *d. L.* 25. ex consensu actoris, sic ipsa verba habent, dolo tamen decepti absolutio sequuta. Ergo exceptio rei iudicatæ quæ non tam ex iudicis auctoritate, quam voluntate litigatorum nascitur, eliditur replicatione doli. Obiicitur & *L.* 9. *§.* 4. *d. t.* ubi actio de dolo iunct. *L.* 69. *de sol.* ubi ex eadem caussa actio iudicati. Resp. Pac. 2. Q. 82. *&* 7. Q. 43. & Ant. Fab. ad *d. L.* 9. *§.* 4. dist. Si post condemnationem noxæ datus servus pigneratus, ut *d. L.* 69. datur actio iudicati. Sin ante sententiam, non potest agi ex iudicato contra eum, qui absolutus, sed & veteri actioni intentatæ obstat exceptio rei iudicatæ, quæ non elidi potest doli replicatione, quia dolus non in iudicato extorquendo, sed noxæ deditione admissus. Aliter Ræv. 3. *Var.* 7. pro *ita* legens *ut*, & voculam *absolutus* ad servum referens, quia ut servus condemnatus duci, ita absolutus ire iussus. Nec quoque pugnant *L.* 34. *h. t. & L.* 16. *pr. de praescript. verb.* Non quia in *d. L.* 54. sumptus tantum ante exemtionem facti; nec dum exemerit cui fodere permissum, ut Ant. Fab. *ibid.* & Pac. 2. Q. 86. quia si exemit, ait, traditione confirmata est donatio & diminus ille effectus; Unde Ant. Faber hodie aliud esse, post *L.* 25. *C. de don.* postquam ex pacto donationis actio competit. Nec quia in specie *d. L.* 34. fodere tantum concessum, non autem effossum tollere, ut Marq. Freher. 2. *Parerg.* 7. Sed quia d. *L.* 34. vel precaria est concessio, vel nudo pacto, nihilo vicissim onerans alterum. At in *d. L.* 16. contractus mutuæ præstationis. Nec contrariæ sunt *L.* 18. *§.* 2. *h. t. & L.* 5. *in fin. Quib. mod. us. fin.* vid. *supra Lib.* 10. *C.* 18. *N.* 4. Nec *L.* 35. *h. t. & L.* 42. *ad L. Aq.* vid. *supra N.* 2. Sed quid necesse est diversis solutionibus ad diversas legum pugnas, in hoc articulo nos maceremus, si una omnes dirimendi ratio suppetit, adeoque una fidelia plures dealbare parietes licet. Eam suppeditat Iac. Schulth. *Pract.* Q. 7. scribens, si alia actio quadamtenus competit, nec ea satis salva actori res sit; tunc quasi cuncta alia remedia deficerent, actionem doli ad id quod reliquum est, quodque illa actione consequi non licuit superesse: Rationem eius rei reddit, quod quoties actiones plures concurrunt, si leviore prius actum: ad id quoque quod amplius est in altera agi possit *L.* 41. *§.* 1. *de O. & A. & simil.* Atque sic accipiendas esse omnes LL. quæ in eadem specia nunc doli actionem, nunc aliam civilem tribuunt. Ubique enim, aut aliter, aut minus ista alia actione, quam hac nostra obtineri, idque leges illas intuenti & naturam cuiusque actionis expendenti promptum fore. Sed probet hæc qui volet, mihi non imponet. Verum sane, quoties alia quidem actio, sed qua non plene actori prospicitur, eidem succurri actione de dolo ad recipiendum quod abest, seu extra id quod priori actione consequi potuit. Nec necesse est id valde contortis rationibus ax *L.* 1. *C. de dolo & L.* 59. *§.* 3. *Mand.* (quarum sensum vereor, ut vir doctissimus sit assecutus, vid. *supra N.* 23.) colligi, cum satis clare ex his ipsis legibus liqueat, quæ actionem de dolo denegant, si sit alia actio vel remedium, quo res ab eo qui decepit, aliove servari potest, *L.* 2. *L.* 4. *h. t.* Contra, si servari nequeat, concedunt, etsi vere alia actio sit ut si inopia adversarii inanis *L.* 5. *&* 6. *L.* 7. *§.* 9. *in fin. hoc tit.* Idem igitur erit, si ex parte servari nequeat per *L.* 76. *pr. de R. V.* Nec ullus ideo concursus actionis de dolo cum alio remedio. Eum quippe re ipsa Prætoris verba penitus negant, ut perquam inconveniens sit ratio, ex regula *L.* 41. *de O. & A. & simil.* ducta, ei enim locus ubi plures actiones competunt, seu in eandem rem iure constitutæ sunt: ubi quandoque omnibus experiri licet, quandoque una, sed quam eligit actor, vid. *infra Lib.* 21. *C.* 3. At actio doli non nisi in defectum alterius, & quatenus deficit vel inanis est, (quæ iuris interpretatione pro nulla habetur) prodita *dd. LL.* Nec igitur si ponas non integrum consequi posse actorem actione alia: liberum ei erit, illa omissa, hac protinus experiri, sed siquidem illa contra alium, quam qui dolum admisit, is prius conveniendus, & deinde de residuo qui decepit; arg. *d. L.* 5. *&* 6. *hoc tit. iunct. L.* 76. *de R. V.* Sin aliud id remedium contra ipsum dolosum rationis erit, ut & tunc illud prius intentetur, tametsi ponas solidum illo consequi non liceat. Quanquam tantum abest ut omnium in prioribus adductarum & conciliatarum legum speciebus minus alia actione, ut Quod metus caussa, Mandati, ex stipulatu, condictione indebiti, præscriptis verbis, iudicati &c. consequi actorem potuisse mihi Sculteus persuadeat, ut vix videam qui extra casum inopiæ rei facile venire possit, ut illis actionibus conventus, ex caussa doli admissi, non plene indemnem præstare actorem teneatur, maxime in bonæ fidei iudiciis, cuiusmodi, Mandati. Casu autem inopiæ posito nihilo plus tribuet hæc doli actio, quam quod pudorem rei magis onerabit. Quod si in consideratione esse velis iam concursum actionis de dolo cum omni non famosa, contra ipsissima verba ac mentem Prætoris & prudentem admittes. Hoc forte dare possem beneficio iurisiurandi in litem *L.* 18. *pr. hoc tit.* quandoque plus consecuturum hac experientem, quam si alia daretur, in qua illi iuriiurando locus non esset. Sed præterquam quod hanc rationem non omnibus istis legibus accommodabis, quia imo in plerisque illis actionibus in litem iuratur: hoc notandum, quod non ea conditione concedatur hæc actio: si alia actione non *tantundem consequi* licebat, sed hac: si alia actione *res servari* non poterit. Sufficit igitur ad hanc excludendam, si alio modo extra damnum deceptus esse possit, veritate inspecta, non affectione. Verumtamen etsi largirer ac probatum esset, quod nunquam, opinor, probabitur, sæpe istis actionibus, licet ex caussa doli agatur, rem non æque integram, atque hac actione, servari: reus tamen illo alio remedio conventus, quod ex dictis prius intentandum, audiendus foret, si paratus sit integrum, quo actori satisfiat, priori iudicio exsolvere arg. *L.* 7. *§.* 9. *h. t.* Quid quod nonnulli statuant etiam in actionibus, quæ vere concurrunt, ut Commodati, & L. Aquiliæ, si leviore prius actum sit: superflui quoque quod in altera est rationem a iudice habendam, nec deinde, posteriori experiri licere, Frid. Hortleder *de Concursu act. realis mere & pœn. mist. C.* 4. de quo quid sentiam alibi. Et miror plane qui asserere ausus sis Vir Cl. in omnibus illis actionibus minus impetrari, quam actione doli, idque discussa cuiusvis natura apparere. Nam ut reliquas mittam, in actione certe Quod metus caussa hoc & inauditum & a iure penitus alienum puto. Inquies; non simpliciter dicit *minus*, sed *aut aliter aut minus*. At inquam ego, istud *aliter* aliquid mutilri alit, quo quid sibi velit, exprimere debuit. Quicquid velit conditio, sub qua actio doli tribuitur talis: Si alia actione res servari non poterit: non, *eodem modo* salva non erit. Finis ubi obtinetur de mediis non curatur. Et vix tanc in actione doli modus obtinendi erit facilior, cum probatio doli sit difficillima.

diversa, ut fallaciæ & absolutionis genere sit eadem; adde cum & responsum utrumque sit ex *eodem libro* Pauli *undecimo ad edictum*: nemo dicet Paulum in ea re, cuius recens esset memoria, tam vel imperite, vel obliviose a seipso dissensisse. Rata est igitur hæc sententia & conceptio edicti, nunquam aliter de dolo actionem dari, quam cum alia ratio rei servandæ nulla est, nec fuit, quæ modo actoris culpa sit amissa. Quod si hæc concurrent, tum potest locus esse ei actioni.

XXXI. Nondum tamen satis ad actionem. Quarta conditio edicto adiicitur, si etiam iusta caussa esse videbitur. Quibus verbis non hoc exigitur, ut ab eo qui dolo malo quid factum esse dicit, cui non obiicitur aliam actionem de eo competere, aliqua præterea iusta caussa adferri debeat iure cognita, quo detur actio de dolo: sed ut ne sit aliqua iusta caussa ab adversario, quæ efficiat, quone detur. Et in summa semper iusta caussa esse videbitur de dolo agendi hoc ipso, quod dolus admissus est, & de eo non est alia actio, nisi qua caussa obiicitur, cur ista actione agi non debeat. Ea vero caussa duplex est. Una ex re petita: altera ex personis inter quas agitur. Ex re, ut ne actio de dolo detur de modica quantitate. Modicam autem hic intelligimus, quæ non excedit [26] duos aureos. *L. si quis adfirmavit*, §. *ultim.* & *L. seq.* *D. de dolo*. Ex personis, ut ne detur hæc actio neque liberis adversus parentes, neque [27] libertis adversus patronos, neque humili adversus eum qui dignitate excellet, puta plebeio adversus magistratum, aut consularem, neque vili, ut luxurioso aut prodigo adversus vitæ emendatioris homines. *L. non debet*, *D. eod.* Quod ergo, quia modica summa erit, quæ dolo malo detracta est, quia superiores personæ, quæ dolum admiserint; ideo qui deceptus est rem suam amittet, & hactenus licebit fraudare impune? Minime. Ius enim comparatum est, ut prohibeat, non ut tueatur iniurias. Iuris denique finis hic est, suum cuique tribuere; neque hic distinguitur, magnum id sit, an parvum, multoque minus quis cui quid detrahat. *L. iustitia*, *D. de iust. & iur.* Ideo etiam minimum damnum sarciendum esse [28] placet, & de eo æque ac de magno semper actio est ex iisdem caussis. *L. si proprietarius*, 22. *D. de damn. inf.* *L.* 1. §. *illud*, *D. de coniuu. cum emanc. lib.* §. *gallinarum*, *Inst. de rer. divis.* Et de personis egregia est sententia Pii Antonini, nulli hominum ius suum detrahi oportere. *L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Quid ergo hic fiet? Et ex hac ratione additum est in *d. L. non debet*, in fin. *de dol.* in supra scriptis personis dicendum esse in factum verbis temperatam actionem dandam, ut bonæ fidei mentio fiat id est, ita dandam in id quod factum est, ut factum temperetur verbis, detracta doli mentione. Quo exemplo & de modica summa idem admittemus.

XXXII. Hactenus caussa exposita est huius actionis. Ex hac caussa actio de dolo. Ea actio in personam est, utpote non de re nostra quam vindicemus, sed de eo quod nostra interest, ut mox dicetur. In quo est pecunia aliena, quam nobis dari oportet. *L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iudic.* Et quod in personam est, indicat esse adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. actionum*, *D. de oblig. & act.* Actio igitur ex obligatione. Unde ergo obligatio? nempe ex maleficio, ut superiores. Est enim dolus non delictum tantum, sed & crimen non leve. Sic vocatur in *L. ex contractibus*, *D. de obl. & act.* *L. item*, *D. de dolo*. Ut ei cum obligationi, tum actioni non alibi, quam in hoc genere obligationum, quæ ex maleficio sunt, de quibus agimus, locum adsignari oporteat.

XXXIII. Quæ contineat hæc actio, communia cum cæteris hæc esse diximus: rem cuius petitio est; personas inter quas agitur; tempus actioni præfinitum. Petitio & intentio huius actionis hæc est, ut quod dolo malo amissum est, restituatur arbitrio & iussu iudicis. Quem ideo iussum præcedere oportet, & spatium ad restituendum dari, uti res postulabit, ante quam perveniatur ad sententiam. *L. arbitrio*, *D. de dolo*. In quo cum contineatur eadem restitutio, qualem exigit actio quod metus caussa, quæ illic de restitutione rei actioni convenient diximus, eadem hic locum habebunt omnia. Ni res restituitur, sequitur sententia & condemnatio actionis propria. *d. L. arbitrio*, quæ cum pendeat ex arbitrio, id est, ex eo,

26) Non enim expedit hominis præcipuum bonum ob rem diobolarem vitiari, Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Existimat.* *C.* 7. *n.* 6. Et dolus vix considerari potest in tam vili summa: quod non evenit in furto, ideoque id etiam rei minimæ ait Menoch. 2. *Arb. Cas.* 72. *n.* 12.

27) Quod & ad vasallos extendunt Freher. *d. C.* 7. *n.* 5. Wes. *de Feud.* C. 10. *n.* 15. vid. Vult. *Lib.* 1. *de Feud.* *C.* 11. *C. n.* 27. *pag.* 687.

28) Cuiac. & A. Fab. *ad d L.* 9 §. *ult.* Zas *in Parat. h.* 9 *n.* 19. Quid enim si pauper duos tantum aureos in bonis habuerit Iac. Gurr. *ad L.* 2. *C. de resc. vend.* *pag.* 111.

eo, quod arbitrio paritum non est; intelligi debet non minus hanc actionem quam illam quod metus caussa esse arbitrariam. Est autem condemnatio in id quanti ea res est, seu quanti interest actoris. *d. L. arbitrio*, in pr. & §. 1. Quod quidem si simpliciter decretur, quanti vere res est, non quanti ex affectu, his verbis contineri intelligeremus. *L. si servum*, *D. ad leg. Aquil.* Nunc ne id sic accipiatur, subiicit Paulus in *d. L. arbitrio*. Ideo & hic, & in metus caussa actione certam quantitatem non adiici, ut possit per contumaciam suam reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit. Quo significatur, totum hoc quanti ea res est, quanti actoris interest, non ex vero aestimari, ut necesse sit actori probare, quanti vere res sit: sed aestimationem hanc litis iuriiurando eius in litem committi, ut fit in omnibus actionibus, in quibus quid restituendum est arbitrio iudicis. *L. 2. §. 1. L. actionibus*, *D. de in lit. iur.* Quid si, quo tempore reus iubendus est restituere, constet rem quae restituenda erat, desiisse esse in rebus humanis? Frustra ad eam rem interponatur arbitrium iudicis, ubi certum sit nihil esse quod restituatur. Ideo hoc casu protinus damnari debebit reus, inquit Paulus, in id quod actoris interest. *d. L. arbitrio*, §. 1. Quod tamen non hanc significationem habet, quasi tam de eo quod sua interest, probare actor debeat magis quam cum res extat. Nam & tunc quoque ob dolum [29] iuratur in litem. *d. L. in actionibus*, *de in lit. iur.* Quinimo etsi amissa res esset tantum culpa actoris, idem placeret. *d. L. in actionibus*, in fin.

XXXIV. Personae in hac actione ita sunt. Datur haec actio ei, cuius interest dolo quid factum non esse. Nusquam hoc diserte expressum. Sed hinc satis intelligitur, quod actione id agitur, ut quod dolo amissum est, restituatur: nisi restituitur, in id quod actoris interest. *d. L. arbitrio*, *D. de dolo*. Ut autem cuiquam haec praestentur, non cadit in alium, quam in eum cui quid amissum est, & cuius interest dolum admissum non esse. Proinde huic actionem dabimus. Exigitur tamen hoc amplius in edicto, ut qui agit, comprehendat qua in re deceptus sit, & non dicat infinite se in eo, de quo agitur dolo deceptum esse, ne in tanto crimine vagetur. *L. item*, *D. de dol.*

XXXV. Datur haec actio adversus eum, cuius dolo factum est id, de quo agitur, non ut actio quod metus caussa [30] adversus alium, *L. sed & ex dolo*, *§. ult. de dolo*. Itaque non est hic anxie quaerendum, deturne haec actio adversus municipes, decuriones, pupillum. Solum hoc videndum, in quo sit dolus, in quo non sit. Si quis doli capax est, & dolum admisit, hac actione tenetur, quisquis is erit. Si quis capax non est doli, aut dolum non admisit, non tenetur. *L. heredibus*, *§. ultim.* & 2. *LL. seqq. D. de dol.* Aliter, ut dixi, actio quod metus caussa, quae non tantum datur adversus eum, qui metum fecit, sed etiam adversus omnes, qui ex metu aliquid lucri senserunt. *L. 9 §. ultim. L. item*, *§. in hac*, *D. quod met. cau.* Quippe haec famosa non est; actio de dolo est famosa: ut non temere constituenda fuerit adversus alium, quam qui decepit.

XXXVI. Excepti sunt hoc loco heredes de eo quod ad eos pervenit. *L. in heredem*, *D. de dolo*, item domini omnes, ad quos aliquid pervenit ex dolo eorum, qui ipsorum negotia administrant. Ut ex dolo tutoris tenetur pupillus, ex dolo syndici municipes, ex dolo [31] procuratoris dominus, ad quem ea negotia pertinent. Omnes isti quatenus ad eos pervenit, seu quatenus locupletiores facti sunt, ne alieno scelere ditentur. *L. sed & ex dolo*, *D. de dol* Obligatione hinc primum nata, quod si conventi de eo, quo locupletiores ex supra scripta caussa facti sunt, id non restituant, alieni delicti sese participes constituere intelliguntur, dum idipsum retinendo quodammodo auferunt.

XXXVII. Tempus actioni de dolo praestitutum olim annus utilis fuit, idest, is qui constaret suis quidem diebus, sed utilibus, intellige ad agendum, idest quibus experiundi potestas esset; nunc [32] biennium continuum ex constitutione Constantini. *L. ultim. C. de dolo*. Quo in tempore singularia duo Constantinus constituit digna animadversione: quorum alterum ad praefinitionem huius temporis pertinet; alterum ad finiendam intra hoc tempus actionem. Utrumque ideo animadvertendum diligentius, ut cum audiemus adver-

29) De quo, quod multas difficultates movet A. Faber, expediam forte intra *Lib. 16. C. 18.*

30) Ratio differentiae. Cui metus infertur caussam ignorantiae iustam habet. In ea namque mentis trepidatione saepe nescit a quo patiatur. Ergo non debet adstringi ad designandas res, exprimendas personas. Duar. *h. t. C.* 2. Ant. Fab. *ad d. L.* 15. *§. ult.*

31) Alias Procurator ex suo dolo tenetur ipse, non qui ei dedit mandatum etsi generale, qui non ideo fecit potestatem delinquendi. *L. 10. C. de Proc.* Duar. *h. t. C.* 2.

32) Vid. Duar. *h. t. C.* 4. Cuiac. *de Div. tem. praes. C.* 21.

versari utrumque regulis iuris communibus, meminerimus singulare hic ius esse, in quo ab illo iure communi recedatur. Præfinitione huius temporis hoc novum; quod præter exemplum aliarum actionum, quæ ex maleficio nascuntur, pro anno utili constituit biennium continuum, in quo computentur omnes dies singulorum annorum continui, etiam quibus experiundi potestas non fuit. Sed hoc minus a ratione iuris recedit. Nam cum pro uno anno vetere constituerit duos, non erit iniquum, ut qui numero annorum augebat tempus, etiam hac parte minueret, ut in eo continui tantum dies numerarentur. Et fuit utile ita constitui tollendarum controversiarum caussa, quæ ex eo nasci solent, dum ambigitur, quibus diebus agere potuerit actor, quibus non potuit. Quam disceptationem invehi in annos & dies utiles necesse est.

XXXVIII. Illud videri possit durius, est certe plane singulare, quod constituit, ut hoc tempus statim cedat ex eo die, quo dicitur dolus admissus, idque sive abfuerit, sive præsto sit is, qui dolum se passum esse conqueritur: atque adeo sive cognoverit is dolum admissum esse, sive ignoraverit. Unde eveniet, ut si animal a domino promissum ab alio occisum sit dolo malo, quo casu & debitorem statim liberatum, & eum qui occidit creditori ob rem amissam de dolo teneri diximus. *L. arbitrio*, *§. ultim. D. de dolo*. Si proponas id factum ignorante creditore, qui biennio demum exacto cognoverit id factum esse: is postea de dolo agere non possit ex superiore constitutione: quia illi tempus etiam ignoranti cesserit, & finita sit actio.

XXXIX. Hic obiicitur *L. 3. C. de dolo*. Ubi Gordianus negat in actione de dolo computari ea tempora, quibus deceptus Reipublicæ caussa abfuit: sed exinde incipere illi tempus cedere, ex quo muneribus publicis liberatus facultatem agendi intra præstituta tempora cœpit obtinere. Sed Gordianus rescripsit convenienter suis temporibus, quibus adhuc actio de dolo intra annum utilem constituta erat. Hoc anno posito vere definietur, non esse in hoc anno computanda ea tempora, quibus experiundi potestas non fuit: ut sunt ea quibus quis abfuit Reipublicæ caussa. *L. 1. D. de divers. temp. præs. L. 2. D. quis ord. in bon. poss. ser.* At hunc annum sustulit Constantini constitutio, ac pro eo continuit biennium continuum, & ne qua esset dubitatio, etiam eos dies quibus agendi potestas non est, hinc eximi vetuit. Ergo, dixerit aliquis, hæ leges contrariæ sunt. Iustinianus autem vetat ullum in sua legislatione contrarium admitti. *L. 2. §. contrarium, C. de vet. iur. enucl.* Sane vero has leges contrarias esse negari non potest, cum quod una computari negat in actione de dolo, altera nominatim computari iubet. Neque id admittere reformidare debemus propter id quod Iustinianus scibit de contrariis non admittendis in *d. L. 2. §. contrarium*. Loquitur enim de locis qui sunt in Pandectis seu Digestis, in quibus negat ullum contrarium inventum iri. Non idem diceret de constitutionibus Codici insertis: ubi manifestum est innumeras esse constitutiones posteriores contrarias prioribus, & ad emendationem priorum consulto positas. Qualis est hæc Constantini, de qua loquimur: in qua diserte se anno utili sublato in hac actione biennium continuum induxisse tale quale diximus. Et tamen si quem hæc religio 33 tenet, ut ne hic quidem audeat ullum contrarium admittere, sed malit leges priores trahere ad posteriores, & contra, ut præcipitur in *L. non est novum*, & *LL. 2. seqq. D. de legib.* Etsi hoc ita præcipitur, nisi sint leges contrariæ. *L. sed & posteriores. D. de legib.* tamen licet in his gratificari in hac re, & *L. 3. C. de dolo*, ita interpretari, ut dicamus ei qui Reipublicæ caussa abfuit, in actione de dolo non computari ea tempora cum effectu: neque obstare legem Constantini, quæ hæc tempora imputari vetat. Sane enim summo iure ex hac lege Constantini ea tempora decepto cedent: sed potest impetrare in integrum restitutionem, ut sibi dies amissi restituantur, quibus necessario Reipublicæ caussa abfuit, ex ea parte edicti, quæ est de iis caussis, ex quibus maiores in integrum restituuntur. *L. sed etsi*, *§. ult. D. ex quib. caus. mai.*

XL. Non minus singulare est in hac lege Constantini, quod is constituit non tantum ut ne post biennium id quale descripsit instituere quis possit actionem de dolo, sed etiam ne ante cœptam possit ultra biennium exercere. Denique ut quanvis quis intra biennium iure suo usus cœperit

33) Mihi certe est, qui dicere malo in *d. L. ult.* esse regulam seu extensionem etsi absint, at in *d. L. 3.* exceptionem seu restrictionem præterquam Reipublicæ caussa. Illis enim intacta potius iura servari quam restitutione in integrum succurri, & expedit *L. ult. C. in quib. ca. in int. rest.* & publice utile est, ne necessaria absentia & officium Reip. impensum ipsis officiat.

perit iudicio agere de dolo; nihilominus tamen & post biennium actio finiatur. Atqui de omnibus actionibus generalis hæc iuris constitutio est, ut nemo litem contestando deteriorem conditionem suam faciat, sed meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. iur.* ita omnes actiones ante temporales litis contestatione perpetuas fieri, *L. ultim.* in fin. *D. de fid. tut.* Et res ita habet: nec dubium est, quin in hoc numero etiam olim habita fuerit actio de dolo. Sed superiore constitutione hæc actio ex eo numero exempta est: ut solum hanc liceat dicere, quæ litis contestatione non perpetuetur, singulari admodum, ut apparet, iure. Quæ omnia, partim ob gravitatem huius iudicii constituta sunt, partim quod biennio ei actioni dato, satis id temporis esse visum est ad actionem exercendam. Et certe si actoris culpa factum est, quo minus intra id tempus finiretur: habet, quod sibi imputet. Si actoris dolo, etiam in hanc rem nova actio de dolo dabitur ei, qui in actione eximenda dolum passus est. *arg. L. 4. C. de trans. L. 1. §. antep.* in fin. *L. arbitrio*, *§. pen. D. de dolo:* Sin dolo iudicis, erit ea pœna, quæ adversus eiusmodi facta iudicum constituta est in *L. properandum*, *§. sin autem utraque*, *C. de indic.*

XLI. Post biennium an detur hæc actio saltem in simplum, quanti vere ea res est, de qua agitur, dubitari potest. Nam quod metus caussa actionem ita dari constat *L. item*, *§. 1. D. quod met. caus.* ut possit quis similitudine ductus in hac actione idem iuris esse existimare. Sed hoc rursum differt hæc ab illa actio, quod ne in simplum quidem datur olim post annum utilem, nunc post biennium. Tantum hactenus dabitur, quatenus ad eum qui dolo fecit [34] pervenit, ne ex dolo suo lucrum sentiat. Hoc quidem ius olim fuit post annum utilem, intra quem actio erat constituta. *L. itaque*, in fin. *D. de dolo.* Erit igitur etiam nunc post biennium Constantini: quia & hic eadem æquitas est, ne ex dolo suo lucretur. Et præterea ita est Constantini lex, ut in tempore actioni præfiniendo solum pro anno utili substituat biennium. Ita cum sequens tempus non attingat, pro eo tempore idem ius esse necesse est. Quod si ad fraudatorem nihil pervenit, ut olim post annum, sic hodie post biennium nulla omnino actio decepto superfutura est. Finge ergo debitorem fallacia aliqua consecutum, ut liberaretur a creditore, ut est species in *L. quidam*, *D. de dolo.* Hic perpetuo tenebitur fraudator debitor & heredes eius; quia ad eos liberatio pervenit, qua etiamnum locupletiores sunt. At si proponas animal a domino promissum ab alio occisum esse, ubi debitor non minus liberatus est, & supra adversus eum qui occidit de dolo actionem dedimus: post biennium nulla hic actio supererit eo nomine; quia ad fraudatorem nihil pervenit. *d. L. itaque.* in fin. *de dolo.*

34) Actio in factum Wes. *in Par. h. t. n. 8.* Duar. *h. t. C. 1.* Goth. *L. ult. C. h. t.*

CAP. XLII.

De his quæ in fraudem creditorum, itemque patroni alienata sunt: illic Pauliana actione prodita: hic Faviana seu Calvisiana.

Est ex alieno dolo actio Pauliana, & Faviana. I.
Pauliana quid sit. II.
Faviana, seu Calvisiana quid. III.
Utraque quomodo ex maleficio. IV. II.
De utraque quo auctor loco disseruerit. V.

I. Atque hæc de dolo actio est, qua tenentur ii, qui ipsi dolum admiserunt. Sunt, ut proposui, & ex alieno dolo quædam actiones proditæ, partim adversus eum, qui particeps fraudis, ea fraudatione locupletior factus est: partim adversus eum qui inde tantum quid accepit, quanvis ipse nihil dolo admiserit. Sed hæ non ex omnium dolo, sed paucorum: neque de omnibus rebus, sed paucis & certis.

II. Prioris generis actio est Pauliana, ea est, quæ competit creditoribus de iis, quæ in fraudem eorum a debitore alienata sunt. *L. videamus*, *2. §. in Faviana*, *D. de usur.* Hæc etiam in accipiente

te fraudis participationem exigit, ut merito dicatur esse etiam ex dolo. *L. ait*, in pr. §. *D. quæ in fraud. cred.*

III. Posterioris generis est, quæ dicitur Faviana & Calvisiana. (Nam hæc unius & eiusdem actionis nomina sunt. *L.* 1. §. *si tribus*, *D. si quid in fraud. patr.*) ea est prodita de rebus in fraudem patroni alienatis, de qua Titulus *si quid in fraud. patr.* daturque etiam in eum, qui fraudis conscius non fuit. *L.* 1. §. *dolum*, *D. eod*

IV. Ex maleficio tamen eius, cum quo agitur: qui si admonitus rem alienatam in fraudem patroni, tentat eam retinere adversus patronum fraudatum, dolo retinere incipit.

V. Vide quæ de utroque genere scripsi ad §. *item si quis in fraudem*, *n.* 5. & 7. *Inst. de act.* Cætera ex ipsis titulis, qui sunt de his actionibus petentur.

C A P. XLIII.

De obligationibus, quæ quasi ex maleficio nascuntur.

Rerum continuatio atque ordo. I.
Quasi maleficium quid. II.
Factorum quæ sunt ex quasi maleficio duo genera, & quæ. III.
Unum ex priore genere factum, & quale. Quare hoc prætoris edicto vindicetur; & quatenus. IV.
Posterioris generis factum quale sit; Quæ actio de eo prodita. Illius caussa & obligatio explicatur. V.
Cur pœna de deiectis & effusis gravior L. Aquiliæ pœna. VI.
Quæ pœna constituta de libero homine propter deiectum aut effusum occiso vel vulnerato. Qui ea teneantur. VII.
Actionem dari de eo quod effusum deiectumve est. Quale hoc sit explicatur. VIII.
Et adversus eum qui ibi habitaverit. *Quis ille*. IX.
De damno & furto eorum quæ in navim, cauponam, stabulum invecta, actio adversus nautas, & alios prodita duplex. X.
Prior ex contractu. Quid ista; & cui bono prodita exponitur diligentius. XI.
Altera ex quasi maleficio. Huius pœna in duplum ex quorum maleficio detur adversus caupones & alios XII.
Quare hic factum Iudicis omissum qui litem suam fecit. XIII.

I. VEntum est ad quartum & postremum genus earum caussarum, ex quibus obligationes nascuntur, quod quasi maleficium vocamus: ex quo eæ obligationes, quæ quasi ex maleficio esse dicuntur. De quibus in *Inst. tit. de obl. quæ quas. ex del. nas.* & *L.* 5. §. *peu.* & *ultim. D. de oblig. & act.*

II. Quasi maleficium vocamus factum omne, ex quo qui convenitur, dici non potest id deliquisse, quod in maleficium cadat; fecit tamen, quod sit maleficio finitimum. Quo ex genere quædam notata sunt edictis prætorum, & vindicata publicæ utilitatis caussa: id factum quodnam sit, & quale, genera exposita declarabunt.

III. Horum factorum, quæ quasi maleficia appellamus, duo genera sunt. Unum, cum quis quid fecit, quo facto nemini nocuit, factum tamen ita comparatum est, ut possit publice nocere. Alterum, cum quid factum est, quo nocitum est alteri; sed ab alio, quam ab eo, qui ex hac caussa convenitur, ubi eius qui convenitur, solum coercetur negligentia, aut quid negligentiæ proximum.

IV. Prioris generis unum factum est vindicatum edicto prætoris. Id tale est, cum quis supra eum locum, qua vulgo iter fieri solet, aut in quo consistitur, id positum habet, quod possit, si ceciderit, nocere. In eam rem adversus eum qui positum habet, pœna decem aureorum constituta. *L.* 5. §. *prætor*, *D. de his qui effud. vel deiec.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ ex quas. malef. nasc.* Hanc actionem perspicuum est ex maleficio non nasci. Nam si recte definivimus, maleficium esse omne factum, quo male fit, id est, nocetur & detrahitur alteri; necesse est hoc factum suspensi & positi maleficium non esse, ubi eo facto nulli adhuc noceatur. Sed factum est maleficio proximum. Est enim eiusmodi quod positum est, ut possit publice nocere: sed & metum periculi incutit prætereuntibus, atque hoc modo suam quodammodo securitatem aufert civitati. Et merito dignum id factum visum est animadversione. Nam ut publice utile est

eſt nullum eiuſmodi caſum intervenire, qui prætereuntibus noceat, ut poſſit ſine metu & periculo per itinera commeari; ita & illud utile, ne eiuſmodi quid eveniat, iam multo ante pœna propoſita proſpicere. Quod prætori in hoc edicto & ſequenti propoſitum fuiſſe ſcribit in *L.* 1. in princ. *L.* 5. *§. prætor*, *D. de his qui effud. vel deiec.* Sed cum hæc actio ſit de eo, in quo nulli nocitum eſt, cui tandem dabitur? Cuivis e populo, qui hanc ſummam decem aureorum petet; unde hæc actio dicitur popularis. *d. L.* 5. in fin. *de his qui effud. vel deiec.* Eſt autem popularis, quæ cuivis e populo competit, & ut eſt in *L.* 1. *D. de popul. act.* quæ ſuum ius populo tuetur. Quod hic ita fit, dum quivis privatus agendo conſequitur, ut poſitum tollatur, quo ſublato, auſertur metus periculi commeantibus, & ſua publice ſecuritas reſtituitur. Conſtituta eſt hæc actio adverſus eum qui id poſitum habet, cuius caſus poteſt nocere. Poſitum habere intelliguntur inquilini vel domini ædium, ſive inhabitent, ſive non, qui aut poſuerunt ipſi, aut ab alio poſitum patiuntur, cum prohibendi ius eſſet. *L.* 5. *§. prætor*, in fin. § [1] *ſupra*, *de his qui effud. vel deiec.* Si id quod poſitum erat, deciderit, & nocuerit, damni nomine dabitur actio in eum qui poſuit, non in eum qui poſitum habuit: niſi qui poſuit vel dominus fuit ædium, vel inquilinus. Nam & hi poſitum habere dicuntur: hoc quid ſit, declaratur in *d. L.* 5.

V. Poſterioris generis, in quo id factum eſt, quo nocetur, ſed ab alio quam qui eo nomine convenitur, huius, inquam, generis duæ ſpecies ſunt notatæ itidem edictis prætorum propter eamdem utilitatem. Una ſpecies eſt de eo, quod ex ædibus in eum locum, quo vulgo iter fieri ſolet, aut in quo conſiſtitur, deiectum effuſumve eſt. Eo nomine actio conſtituta adverſus eum, qui ibi unde deiectum eſt, habitaverit, in duplum eius damni, quantum ex ea re datum factumve erit. *L.* 1. in princ. *D. de his qui effud. vel deiec.* §. 1. *Inſtit. de obl. quæ quaſ. ex del. naſc.* Ergo actio de damno dato eſt: idque habet cum actione legis Aquiliæ commune: ſed longe diſſimili & cauſſa & obligatione. Illa adverſus eum eſt, qui damnum dedit, id eſt, qui deliquit, puta in hac ſpecie qui deiecit, aut effudit, quo alii nocitum eſt. *L. ſi putator*, *D. ad leg. Aquil.* Perinde vere ex maleficio. Hæc adverſus eum, non qui deiecit, aut effudit, ſed qui ibi [2] habitavit, unde deiectio aut effuſio eſt, quiſquis deiecerit, aut effuderit. Adverſus eum ſine dubio, qui cum ibi habitaret, etiam deiecit, effuditve: eſſet enim abſurdum eum teneri, qui habitaret ſolum, neque ipſe damnum dediſſet: eum autem qui cum habitaret, etiam dediſſet damnum, non teneri. Sed non ſpectatur hic, a quo deiectum quid, effuſumve ſit: verum hoc ſolum, quis ibi habitaverit, & adverſus eum actio eſt: ut intelligamus, quamvis eo ignorante & invito alius deiecerit, nihilominus eum teneri. Itaque in huius perſona manifeſtum eſt actionem ex maleficio non eſſe. Faciamus enim ipſum ignoraſſe quemquam eſſe in cœnaculo, qui quid deiiceret. Faciamus ſciviſſe, quinam illic eſſent: ſed nullam habuiſſe cauſſam, cur his diffideret, quominus honeſte & civiliter ſe in eo gererent. Tenebitur nihilominus. *L.* 1. *§. hæc in factum*, *D. de his qui effud. vel deiec.* Ubi tamen nemo dicet maleficium admiſiſſe eum, qui neque nocuit alii, neque fecit quo noceretur: atque adeo quo invito damnum ab alio datum eſt. Sane ſi idem qui habitat, & ipſe deiecerit, vel effuderit, tenebitur & ipſe hoc edicto, & quidem multo magis: ſed tum vere ex maleficio, non quaſi ex maleficio. Nunc etſi ipſe nihil eorum fecerit, teneri eum hoc edicto dicimus. Proinde non ex maleficio. Unde ergo huius obligationis & actionis cauſſa? Ex eo facto, quod eſt maleficio proximum. Ea eſt culpa, ſeu negligentia habitantis, quæ huic damno aliquo modo cauſſam dedit. Debuit enim proſpicere, ne quis ibi eſſet, qui poſſet deiicere: aut ſi aliqui eſſent, debuit diligenter monere, ne quid deiicerent, aut effunderent. Si ne ſic quidem potuit impetrare, tamen potius quam id eveniret, debuit aut habitare ſolus, aut cœnaculum clauſum habere. Hæc culpa eſt, quæ hic plectitur. Unde non in dominum ædium datur hæc actio, ſed in eum qui inhabitat, cum quid deiiceretur, aut effunderetur: quia ſcilicet penes eum eſt culpa ſuperior. *L.* 1. *§. hæc in factum*

1) Quod ſi filiusfamilias ſeorſim a patre habitaverit, in patrem nulla de poſito & ſuſpenſo, uti nec de deiecto & effuſo actio §. 2. *I. de obl. ex del.* *L.* 1. §. 7. *de his qui effud.* A. Fab. 3. *Conject.* 1. *pag.* 145. vid. de hac act. Oldend. *Cl.* 6. *Act.* 20. Henr. a Suerin. *Rep. Lect.* C. 20.

2) Immo in eum qui poſuit non qui habitaverit, *L.* 5. §. *pen. d. t.* Reſp. Cuiac. 22. *Obſ.* 32. traiectionem eſſe putat, legendumque *in eum qui habitaverit*, non *in eum qui poſuit*, ac verba *non ſufficiat* exponit, id eſt deficiat, quo ſenſu eadem in *L.* 11. *de capt. & poſtlim.* Sed recte notatur ab Henr. a Suerin. *Repet. Lect.* C. 20. quem adi.

factum, *D. de his qui effuder. vel deiecer.* Neque tamen hæc negligentia eiusmodi est, quæ coerceri debuerit, si caussa & utilitas publica non accederet. Esto enim, sit in hac negligentia aliquod delictum & peccatum. At certe non est maleficium. Non enim est id factum, quo ipsi nocemus & detrahimus alteri: sed id quominus noceatur alteri, non prohibemus. Quod genus neglectus in rebus privatis coerceri non solet. Argumento est lex Aquilia, quæ aliena corrumpenti pœnam statuit: negligenti, & perire patienti nullam. *L. si cuius, §. de præteritis*, in fin. *D. de usufruct.* Sed in hac specie accedit utilitas publica, quæ suasit hanc culpam coerceri. *Publice enim utile est*, inquit Ulpianus, *sine metu & periculo per itinera commeari*, *d. L.* 1. in prin. *D. de his qui effuder. vel deiecer.* Pœna autem adversus habitantes de deiectis & effusis constituta, ad eam cogitationem & curam illi revocantur, ne quid aliquando tale per eorum incuriam eveniat. Quominus autem moleste ferant ita se ob alienum factum teneri, placet his in factum actionem dandam adversus deiectorem. *L.* 5. *§. cum autem*, *D. eod.* Hic enim habitanti caussam damni dedit. Unde est illa in factum actio accommodata legi Aquiliæ. *§. ultim. Instit. de leg. Aquil. L. quia*, *D. de præscript. verb.*

VI. Non hac parte tantum in qua est caussa obligationis, distat hæc actio ab actione legis Aquiliæ: sed etiam obligatione ipsa & pœna. Illa enim in simplum datur, quanti ea res est in anno, aut triginta diebus proximis: hæc in duplum. Absurde omnino, nisi & hanc pœnam adversus inhabitantes eadem utilitas publica defenderit. Erat enim æquius ipsum qui damnum dedit, de quo agitur in lege Aquilia, graviore pœna coerceri, quam eum, qui negligentia & iniuria damnum ab alio dari passus est, de quo nunc agimus. Sed quæ utilitas publica actionem primum adversus inhabitantes nihil admodum delinquentes induxit, eadem & pœnam adversus eosdem auxit. Securitati viarum & locorum publicorum hic prospicitur. Hæc sic visa est ab inhabitantibus facilius obtineri posse, si & ipsi deiectorum effusorumve ex ædibus nomine tenerentur, & paulo gravior esset pœna, ut huius metu caverent diligentius, ne quid ex suis ædibus deiiceretur, effunderetur ve quod cuiquam noceret.

VII. Atque hæc constituta est actio de cæteris rebus quæ deiectione aut effusione læsæ sunt. Propria pœna ex hac caussa eodem edicto constituta de homine libero, si is eo ictu aut occisus erit, aut vivet & ei nocitum erit. *L.* 1. *D. de his qui effud. vel deiec.* Si petiisse dicetur, constituitur actio eo nomine, non in duplum damni dati, sed in quinquaginta aureos. Cur non in duplum, ut ante; præsertim cum sit æquum gravius delictum severius coerceri? Hoc ideo, quia ut sit actio in duplum, prius ipsum simplum damni dati æstimari oportet: liberum autem corpus nullam recipit æstimationem. *L.* 1. *§. sed cum homo*, *L. ult.* in fin. *D. de his qui deiec. vel effud.* Est autem hæc actio in illam summam itidem ut superior, popularis. *L.* 5. *§. hæc autem*, *D. eod.* Quod si liber homo vivet, & ei nocitum erit, quantum ob eam rem æquum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, in tantam pecuniam iudicium datur. Eum cum quo agetur habitantem accipere debemus. Nam adversus eum qui ibi habitaverit, prius constituta erat actio. Neque nunc hanc personam mutat prætor; idque satis aperte indicatur in *L.* 1. *§. hæc in factum*, *D. de his qui deiec. vel effud.* Nocitum ei esse sic acceptum est in hoc edicto, si quid in corpus eius admissum sit, quo læderetur: non si quid damni in rem eius datum sit; si puta vestimenta eius, vel quid aliud scissum corruptumve est. *d. L.* 1. *§. hæc autem verba*. *L. ult. D. eod.* Tantum autem ob eam rem æquum iudici esse videbitur eum cum quo agitur condemnari, non quanto deterius aut deformius factum est corpus, quod læsum fuit. Iam enim diximus liberi corporis nullam esse æstimationem: sed quantum damnum est, quod quis propter læsum corpus passus est. In quo computantur mercedes medicis præstitæ, cæteraque impendia quæ in curatione facta sunt. Præterea operæ, quibus qui læsus est caruit, aut cariturus est ob id quod inutilis factus est. Hæc in *L. ultim. D. eod.* Sed cur non eadem illa multo magis æstimamus in libero homine occiso? negamus enim æstimari. *L.* 1. *§. sed cum homo*. Quia nihil eorum in occisum cadit. Nam qui eo ictu occisus est, in eius curationem impendi nihil oportet: & mortui nullæ operæ intelliguntur.

VIII. Quod autem ad universam hanc actionem pertineat, verba hæc edicti observanda sunt. Datur hæc omnis actio de eo quod deiectum effusumve est. Deiectum & effusum accipi placet non id tantum quod quis manu sua deiecit vel effudit; sed etiam quod cum suspensum esset, postea decidit, aut effusum est, quanvis

nemo

nemo deiecerit, aut effuderit. Proinde & id quoque hoc edicto teneri. *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Datur de eo, quod deiectum effusumve est ex ædibus: *d. L.* 1. §. *hæc in factum, eod.* & ut est in §. 1. *Instit. de oblig. quæ quas. ex del. nasc.* ex cœnaculo. Intellectum ex eo, quod datur in eum, *qui ibi habitaverit:* habitantur autem ædes. Quid ergo, si quid deiectum sit de nave, quod eodem modo nocuerit? Cessant quidem verba edicti: sed placet dari actionem utilem in eum, qui navi præpositus sit. *L. penult.* in fin. *D. eod.*

IX. Datur adversus eum, qui ibi habitaverit. Generaliter hoc & indistincte: quisquis & quocumque modo habitaverit. Unde intellectum est, nihil referre, utrum quis habitet in suo, an in conducto, an in gratuito. Pariter omnes teneri hoc edicto. *L.* 1. §. *pen. D. eod.* §. 1. *Inst. de obl. quæ quas. ex del.* Habitat autem, qui habet, ut ad longius tempus ibi consistat, non qui ut hospes itineris caussa eo divertit, mox ad iter & negotia instituta digressurus. Itaque ille tenetur; hic non tenetur, sed is qui hospitium dederit. *d. L.* 1. §. *pen. D. eod.* Habitare & is intelligitur, qui domus usum retinens, in eo amicis aut domesticis habitationes concedit, aut modica hospitiola distribuit: non amici isti aut domestici. Ideo non hi tenentur, sed ille. *L.* 5. [3] §. 1. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde deiectum est, verba edicti faciunt ut in quemvis dari debeat actio, & quidem in solidum. Quod tamen ita receptum est, ut si cum uno fuerit actum & consecutus sit quod petebat, cæteri liberentur; de qua liberatione alias suo loco. *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *L.* 3. *L.* 4. in pr. *D. eod.* Quod ait prætor, *ibi habitaverit*, sic accipiendum est, habitaverit non quovis tempore antea, sed tum cum quid deiiceretur, vel effunderetur. *L.* 1. §. *hæc autem, D. eod.*

X. Altera species huius generis est de damno & furto, quod in navi aut caupona, aut stabulo factum est; non tamen quovis. Sciendum est enim ex hac caussa duas actiones esse constitutas edicto prætoris adversus nautas, caupones, stabularios, quarum una fit ex contractu, altera ex quasi maleficio, quæ posterior huc pertinet.

XI. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus aut hospitibus invecta, importata, inductave salva fore receperunt. Actio adversus eos constituta ut recepta restituant, ac nisi restituant, in id quanti ea res est, quæ salva non restituitur. *L.* 1. in pr. *D. naut. caup. stab.* Ubi nauta dicitur, qui navem exercet; caupo qui cauponam; stabularius qui stabulum. *L.* 1. §. 1. §. *caupones, D. eod.* Est autem exercitor, ad quem quotidianus navis, & cæteratum rerum quæstus pertinet. §. *eadem, Instit. quod cum eo.* Ac recte sentiunt, qui ad hanc actionem & partem edicti referri monent interpretationes veterum sub Titulo. *D. naut. caup. stab. a L.* 1. usque ad *L. penult.* §. *ult.* Hanc quidem ex contractu esse certum est. Est enim adversus eos, quorum fidem sequimur, & quorum custodiæ res committimus. *L.* 1. in princ. *D. eod.* Quod si fit mercede interveniente, locatio & conductio est: si gratis, depositum. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Quod si ex contractu primum & negotio gesto actio nascitur, non potest ex eventu aliunde esse quam ex contractu, etiam si postea delictum quoque in ea re cœperit versari. *L. ex contractibus, D. de obligat. & act.* Non enim eo minus ab initio res ex consensu gesta est. Et recte dictum est uniuscuiusque contractus initium spectandum & caussam. *L. si procuratorem*, in pr. *D. mand.* Et tamen eodem nomine etiam ex hac parte edicti actio in factum proposita est. In qua salvum fore receptum sic acceptum est, non tantum si quid in navem missum, & nautæ adsignatum est; sed etsi quid non sit adsignatum, sed tantum in navem missum. *L.* 1. §. *ultim.* Sed cui bono honoraria actio hic inducta, cum sint civiles? Et cum constaret non otiose inductam a prætore, id ita veteres acceperunt, ut cum in locato & conducto præstetur tantum culpa: in deposito non nisi dolus: sentirent ex hoc edicto omnimodo qui recepit, teneri, etiam si sine culpa eius res periit, vel damnum datum est: nisi si quid damno fatali contigerit; in hoc autem numero esse naufragium, vim piratarum, vim maiorem. Hæc ad istam sententiam in *d. L.* 3. §. 1. *D. naut. caup. stab.* Est autem vis maior, quæ immittitur cœlitus, ut si caupona tacta fulmine conflagrarit. Ita cæteros casus nautæ, caupones, stabularii [4] præsta-

3) Ubi tamen vers. *sed & hospitaculi* in contextum irrepsisse, ceu duas discrepantes lectiones continentem, quarum neutra in Basilicis, neutra sensu prædita, probabiliter vult Cuiac. 21. *Obs.* 1.

4) Nec tantum nautarum, sed & vectorum factum præstandum *L.* 1. §. *ult. d. t.* actione hac ex recepto scilicet quæ ex conventione in simplum. Non autem præstatur factum vectorum aut viatorum actio ex quasi delicto in duplum *L. un.* §. *ult. Furti adv. naut. caup.* Cuiac. *in not. ad d. L.* 1. §. *ult.* Fac. 7. *Q.* 57. Aliter Bas. 4. *Subsil.* 2. inter damnum vi maiore datum & clam vel ex petulantia illatum distinguens. Confer Benvenut. Straccha *Tr. de Nautis.*

ſtabunt: veluti, ſi in nave ortum ſit incendium aliorum culpa, aut ſi quis vectorum navem perfoderit. Et certe in his etiam nautæ nonnulla culpa eſt, ſi non occurrit: potuit enim prævidere, & diligenti atque aſſidua perſcrutatione adhibita conſequi aut ne evenirent, aut ſtatim ſubveniretur. Sed cur hoc adverſus iſtos ita conſtitutum potius, quam adverſus cæteros omnes creditores, aut qui depoſitum acceperunt? Hæ rationes redditæ ſunt a veteribus. Primum quod neceſſe eſt plerumque iſtorum fidem ſequi: deinde quod niſi hoc eſſet ſtatutum, materia daretur cum furibus adverſus eos, quos recipiunt coeundi. Poſtremo quod ea eſt improbitas hoc genus hominum, ut ne nunc quidem abſtineant ab huiuſmodi fraudibus; ut proinde merito hæc improbitas ſeverius reprimenda fuerit. Exſtant in *L.* 1. in pr. *L.* 3. *§.* 1. *D. eod.* Sed quæcumque hic gravitas actionis eſt, non tamen facit, quominus ſit actio ex eo, quod nautæ, caupones, ſtabularii ſalvum quid fore receperunt, ut ſunt verba edicti. *L.* 1. in pr. *eod.* in quo recipiendo negotium civile, & contractus vertetur. Ita ſemper actio ex contractu, puta locatione conductione, aut depoſito: etſi ex hoc edicto contractus iſti adverſus ſupra ſcriptas perſonas excedunt communes eorum contractuum terminos. Nam & ex quibuſdam cauſſis depoſiti actio in duplum eſt. *L.* 1. *D. depoſ.* neque eo minus in his actio eſt ex contractu, quia eſt ex depoſito. Itaque huc non pertinet iſta de receptis actio, & ea ad ſuperiores contractus remittenda eſt.

XII. Altera actio eſt ex quaſi maleficio, adverſus eaſdem perſonas illa quidem, & de iis ſimiliter quæ in navem, cauponam, ſtabulum illata ſunt, ſi quid in his damni factive factum ſit: ſed ut in graviore pœna conſtituta, non ſi hæc contigerint a vectoribus in nave, aut viatoribus in caupona vel ſtabulo, ut in ſuperiore actione horum quoque facta præſtantur. *L.* 1. *§. ult. L.* 2. *D. naut. caup. ſtab.* verum ſi contigerint ab aliquo eorum, quorum opera, nautæ, caupones, ſtabularii, navem cauponam, ſtabulum exercent. *§. ult. Inſt. de obl. quæ qua. ex del. naſ. L. pen. §. ult. L. ult.* in pr. *D. nau. caup. ſtab.* Quippe in duplum [5] actio eſt: qua pœna affici iſtos non ex aliorum facto æquum viſum eſt, quam ſuperiorum iſtorum. *d. L. ult. §.* 1. *D. eod.* Si in ſimplum eſſet actio, diceremus eſſe ex contractu, ut prius. Sed etſi in duplum ex facto exercitorum, itidem ex contractu; quia cum his contractum eſt. Nunc cum hic conſtituatur dupli pœna, ſit autem ex eo quod neque mandantibus iſtis, neque ſcientibus factum ſit, ſed iis quibus cum nihil contractum eſt: apparet actionem uti ex contractu eorum non eſt cum quibus agitur, ita multo minus eſſe ex eorum maleficio. Sed incidit in hanc ſpeciem id factum iſtorum, quod multo propius accedat ad maleficium, quam cum quid admiſſum eſt a vectoribus aut viatoribus. Eo etiam ſeverius vindicatur. In his enim poſterioribus recipiendis nulla eſt culpa nautæ, cauponis, aut ſtabularii, cum recipiat ignotos æque ac notos, nec quidquam de his promittat, qui eorum opera ad ſua exercenda non utitur. At qui ad exercendam navem, cauponam, ſtabulum aliquos adhibet, hoc ipſo quodammodo delinqnit, quod malorum hominum opera in ea re utitur, cum poſſet eorum quos admitteret, delectum habere, & ſuæ fidei concreditos non fallere. *§. ult. Inſt. de obl. quæ quaſ. ex del. naſc.* Accedit eo quod cum ad commodum & ſecuritatem iter facientium navem, cauponam, ſtabulum publice exerceant; de hac ipſa ſecuritate polliceri videntur, eoque & miniſtros ad eam rem periculo ſuo adhibere. *L.* 5. in pr. *D. naut. caup. ſtab.* Hinc pœna dupli, quaſi ex ipſorum maleficio. Quæ tamen ne hic quidem ex negligentia eorum & incuria conſtituta eſſet, niſi huic actioni locum feciſſet eadem illa utilitas publica, quam in ſuperioribus actionibus ſpectatam diximus; quæ & in hac ſpecie non minus verſatur. Nam & ſecura ſtatio in nave, caupona, ſtabulo ad ſecuritatem itinerum & iter facientium itidem pertinet: quoniam ſine navibus, cauponis, ſtabulis in quæ recipiamur, iter facere non poſſumus. Quod ad eos exercitoris miniſtros attinet, qui furtum fecerunt, aut damnum dederunt, nulla dubitatio eſt, quin & hi furtum & damnum paſſis teneantur, illic furti, hic actione legis Aquiliæ. Ita his qui paſſi ſunt, eodem nomine actio eſt & adverſus miniſtros

5) *L. un. §.* 2. *Furti adv. naut. caup.* Niſi prædicenti ſe nolle damnum præſtare vectores, viatoreſve conſenſerint *L. ult. pr. d. t.* Non tamen liberatur a cuſtodia ſi hoſpiti clavem cubilis dederit, *Gl.* & Barto. in *d. L. ult.* refer. Treutl. *P.* 1. *Diſp.* 26 *Th.* 5. *lit. A.* Arumæ. *Diſp. Pand.* 24. *Th.* 8. Et hæc actio cum pœnalis ſit in heredem non datur *L. ult. §.* 5. *h. t.* cum illa quæ ex edicto de recepto in ſimplum ac rei perſecutoria in heredem competat *L.* 3. *§. pen. d. t.* Gilb. Reg. 2. *Enant.* 7. Cæterum & generatim damnum per famulum illatum a domino ſarciendum ſi ſcilicet in officio deliquerit, de quo vid. Bernh. Wurmſer. *Lib.* 1. *Obſ. in Miſc. Obſ.* 4. Moller. 4. *Semeſtr.* 18. 10. Bapt. Coſta *de Factis ſc. & ign. Inſpect.* 42. Nobiles an teneantur de facinoribus famulorum, Tiraq. *de Nobil. C.* 37. *n.* 134.

ſtros ipſos qui deliquerunt, & adverſus exercitorem: ſed una contenti eſſe debent. *L. pen. §. ult. D. eod.* Sed & exercitor adverſus eos actionem habet ex conducto, ſi quid actione in factum ob eorum factum conventus præſtiterit. Ibidem.

XIII. Non numeramus inter quaſi maleficia id factum iudicis, quo is male iudicando litem ſuam fecit: tametſi id numeratur in hoc genere in *L. 5. §. iudex, D. de obl. & act. Iuſt. de obl. quæ quæ. ex del. naſc.* in pr. cuius rei rationem ſupra reddidimus ſub titulo, de damnis datis quæ integris rebus contingunt. Non enim hic iudex delinquit negligentia, qualis vindicatur in ſuperioribus quaſi maleficiis; ſed peccat dolo malo, aut ea culpa quæ in faciendo eſt, ubi male iudicando damnum dat. Quod genus facti & damni dati id maleficium eſt, quod coercetur lege Aquilia.

C A P. XLIV.

Qui ex alterius perſona actionem habeant ſuo nomine etiam adverſus invitos debitores, cum quibus nullam ex ſupraſcriptis cauſſis obligationum interpoſitam habeant. Id contingere maxime poteſtatis, hereditatis, ceſſionis iure; ſed & aliis quibuſdam modis.

I. Cauſæ obligationum earumque ſpecies ſunt expoſitæ. Cauſſas illas dico quatuor, ex quibus obligationem omnem ex facto aliquo naſcentem deduximus, contractum, quaſi contractum, maleficium, quaſi maleficium. Quæ ſi ut

veræ

veræ sunt, ita sunt solæ, uti hactenus solas posuimus; nempe hoc dicimus, quemadmodum omni ei debetur, cum quo contractum aut quasi contractum quid est, cuive nocitum est maleficio aut quasi maleficio: & omnis item debet, qui his ipsis factis se illi obligavit: Ita omnino extra has causas nullum neque creditorem, neque debitorem quærendum esse: id est nullum esse, cui neque contrahenti, neque quasi contrahenti, neque quid passo iniuria, quidquam debeatur, quo nomine & actionem habeat: nullum ex diverso qui quid debeat, & eo nomine possit conveniri, qui neque contractu suo, neque quasi contractu, neque maleficio, aut quasi maleficio se obstrinxerit. Et hæc ita sunt, si quem ex sua persona debitorem quærimus. Omninoque in hanc sententiam divisio superior iuris de caussis obligationum accipienda est, ut ita statuamus solas has esse obligationum caussas, quas veteres posuisse videmus, si quidem alicui ex sua persona actionem dari, & si quem ex sua persona teneri velimus. At ex persona alterius longe aliter in utraque parte ius se habet. Potest cui ex suprascriptis caussis nihil debeatur, ex alterius persona actionem habere, adversus verum debitorem, ut non minus hic illi deberi incipiat. Potest & is qui ex iisdem caussis nihil debeat, ex alterius persona alienove facto ita teneri, ut non minus & hic incipiat debere, quam si ex supra scriptis caussis obligatus esset. Quorum utrumque cum ex aliis caussis accidat, ad superiores certe referri non potest: & tamen cum accidat, ad obligationem & id quod debetur referri statuendum est non minus. Quare ad explendam hanc partem de obligationibus, deque omni eo quod cuique a quoque debeatur, hoc etiamnunc relinquitur, ut norimus quis ex alterius persona actionem habeat; & quis ex alterius persona alienove facto possit conveniri. In quo de eo primum qui agat, deinde de eo qui conveniatur, recto ordine breviter dicemus.

II. Ut quis cum ex sua persona creditor non sit, id est, cum ei ex suprascriptis caussis nihil debeatur a vero debitore, actionem tamen habeat ex veri creditoris persona, atque hoc modo iam incipiat ei deberi, duobus modis efficitur. Aut enim alio contrahente, vel quid gerente suscipienteve, actio eo nomine recta nobis adquiritur; aut actione alii recte quæsita, ea deinde ad nos transfertur.

III. Ut ex alieno gestu aut facto actio nobis recta adquiratur, tria faciunt; potestas nostra in eos qui adquirunt; persona & nomen heredis; tum rerum nostrarum administratio. In potestate dominorum sunt servi, in parentum liberi; & potestatis dominicæ nonnullam partem obtinent, fructuarius in servo alieno, in quo usumfructum habet, bonæ fidei possessor in iis quos bona fide possidet, tum servis alienis, tum liberis hominibus. Quid per istas personas adquiratur aliis cum in dominiis & possessione rerum, tum in actionibus in personam ex omnibus obligationum caussis, ita diximus supra sub Titulo, *per quas personas nobis adquiratur*, ut simul diceremus quibus per eas adquireretur, puta dominis, parentibus, fructuario, bonæ fidei possessoribus, & quatenus; qua parte & illa tractatio ad hanc adquisitionem actionum pertinet. Quamobrem quod ad hunc locum pertineat, inde sumetur. In quo si quid proprium erit eorum, quæ servi dominis, filii patribus, quorum in potestate sunt, nominatim stipulentur, licebit petere ex iis quæ diximus de iis qui alii stipulari possunt, sub Titulo de fine omnium conventionum communi.

IV. Persona heredis cum sit eadem cum defuncto, Novel. *de iureiur. a mor. præst.* facit, ut quidquid defunctus heredi suo stipulatur, aut cavet, eius actio aut exceptio adquiratur heredi, quamvis nunquam prius quæsita defuncto. *L. unica, C. ut act. ab her. & contr. her incip. L. avus, D. de pact.* de quo diximus sub eodem illo Titulo de fine communi omnium conventionum, & dicemus amplius, cum agetur postea in commune de actionibus hereditariis.

V. Administratio rerum nostrarum est in tutoribus, curatoribus, actoribus civitatis seu syndicis, procuratoribus, interdum in magistratu pupillo cavente. Tutorum, curatorum, actorum civitatis conventioni utilitatis caussa, favore scilicet dominorum hoc datum est, ut ex hac caussa acquiratur utilis actio pupillo, adolescenti vel furioso, civitati, si quodvis nominatim tutor pupillo, curator adolescenti, furioso, actor civitati stipuletur aut paciscatur dari. *L. cum qui, §. si actori, D. de pec. const.* Quo casu necesse est istis dominis solis actionem adquiri, quam constat stipulantibus & paciscentibus adquiri non posse. Paciscuntur enim aliis, non sibi. Ideo sibi adquirere non possunt, quod sibi adquiri nolunt. *L. multum*, in fin. *C. si quis alt. vel sibi, L. si genere, C. de iur. dot.* Idem receptum in procuratore, sed solum militis, si is militis nomine

mine nominatim quid gerat, quo ei actionem adquirat. *L. si pecuniam*, 16. *D. si cert. pet.* Idem receptum magistratu pupillo cavente in satisdatione a patre arrogatore arrogationis nomine exigenda, aut exigenda tutelæ nomine a tutoribus datis. De quibus in *L. nec ei*, 17. in fin. & *LL. seqq. D. de adopt. L.* 2. 3. 4. *D. rem pup. salv. for.* Sed & hanc partem nunc attigisse satis fuit: quia & a nobis tractata est eodem titulo de fine communi omnium conventionum, & si quis pleuius expositum nosse vult, habet unde petat, ad *L. stipulatio. ista*, 38. *§. alteri*, *D. de verb. obl.* ubi totum hunc locum qui quibus recte stipulentur, ut stipulando his actionem adquirant, conatus sum explicare diligentius.

VI. Atque hæc ex alterius persona habendæ actionis ratio ita est, ut hic alio contrahente aut gerente quid, non ipsi qui adquirit, sed per eum alii actio acquiratur, cum in adquirentis persona nunquam ante coustitisset. Est alterum, ut dixi, genus nanciscendæ ex alterius persona actionis, cum alii actione recte quæsita, & quidem ex supra scriptis obligationum caussis, ut is vere dici possit creditor, ea deinde actio ad nos transfertur, alias directa, alias utilis. Ut alii quæsita ita deinde ad nos transferatur, fit tribus modis; hereditate, cessione, lege.

VII. Hereditatis iure fit, ut cum heres succedat in omne ius defuncti. *L. heres in omne*, *D. de adq. her.* Etiam hereditate suscepta actiones omnes defuncti, quæ modo in personam sint ex suprascriptis quatuor obligationum caussis ad heredem transeant, excepta actione iniuriarum, & si quæ sunt similes. *§.* 1. *Inst. de perp. & temp. action.* Sed de hereditariis actionibus constitutum est nobis in commune dicere, cum ad eos venerimus, qui tenentur ex alterius persona, ut eadem opera, de toto genere actionum hereditariatum dicatur, tam quæ heredibus dantur, quam quæ adversus heredes.

VIII. Cessione in nos transfertur actio, cum qui eam habuit, vult eam in nos translatam esse, & propriam nostram fieri, quibus modis ad nos transferri potest. Proprie quidem tunc cessæ dicuntur actiones, cum sunt mandatæ. *L. Modestinus*, *D. de solut.* De quo paulo post. Nunc paulo generalius cessionem actionis intelligi volo, [1] omnem rationem qua voluntate creditoris in alium transfertur actio. Quomodo & in constitutione Anastasii quæ de cessione actionum est, hoc verbum accipiendum videtur. *L. penult. C. mand.* Ut cæteræ res quæ sunt in bonis voluntate domini transferri possunt, eaque voluntas rata est *§. per traditionem*, *Instit. de rer. divis. L. si in emptione*, *§.* 1. *D. de action. empt.* sic iure fit, ut actione quæ semel nostræ esse cœperint, eadem voluntate in alium transferantur, quoad earum natura pati potest. Nam & hæ sunt in bonis. *L. bonorum*, *D. de verb. signif.* Sed quoad, inquam, earum natura patitur. Hæc vero facit, ne hic per omnia eadem serventur, quæ in cæteris rebus transferendis: quæ notata huius cessionis ius & vim aperient. Tria sunt quibus constat & perficitur hæc omnis cessio: transferendi potestas, cedendi modus, & effectus cessionis. Ut enim procedat hæc cessio, tot sunt natura, quæ de hoc genere quærantur, & eodem ordine: Primum liceatne actionem quam habeas, alteri cedere adversus debitorem invitum, ut transferas. Tum si licet, quomodo cedatur, transferatur. Postremo cessæ actionis quis effectus, id est, quid in eum cui cessa est, transferatur, & quid apud eum qui cessit, maneat. In quibus ipsis cum sit ea dissimilitudo a cæteris rebus quam dixi; cum de his dixero ordine, natura huius cessionis, & quæ de ea quæri dixi, erunt cognita.

IX. Primum de potestate cedendæ transferendæque in alium actionis nostræ hoc statuatur, quod supra posui. Ut cæteræ res transferri possunt domini cessione: sic posse & actiones. *L.* 3. *L. postquam. L. ex nominis*, *C. de hered. vel act. vendit.* Nam & hoc simile, quod pariter actiones sunt in bonis, ut ante dixi. *Nihil autem magis conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*, ut est in *§. per traditionem*, *Instit. de rerum divis.* Hinc quoque & olim illud commune: ut quemadmodum ex omnibus caussis res aliæ transferri possunt; sic possent actiones. Valuitque id maxime in actione vendita, ut declarat Titulus *de hereditate vel actione vendita*. *D.* & *C.*

[1]) Hotom. 6. *Obs.* 16. Cedere, ait, mandare, præstare, exhibere, transferre actionem promiscue usurpantur. Eademque cessionis in incorporalibus, quæ traditionis in corporalibus v s *L. ult. C. Quan. fi. vel priv* Utque sine ea dominium corporis non transfertur, ita nec sine hac dominium actionis *L.* 3. *pro soc. L.* 49. *§. ult. de acq. poss.* & *simil.* De cessione hac vid. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 3. *§.* 4. Ant. Fab. 12. *Conject.* 2. & 10. *seqq.* Cacheran. *Decis.* 62. ubi cuius sit cessi nominis periculum tractat; de quo & A. Fab. 12. *Conject.* 7. Quibus conjecturis ea ficta detegatur Menoch. 3. *Præsumpt.* 129.

X. At hic nonnihil immutavit Anastasii constitutio. *L. penult. C. mand.* Hæc ex cæteris caussis admisit omnem cessionem actionis, ut cessa ad plenam debitæ prius quantitatis exactionem transferatur. Venditionis caussam [2] excepit, non ex qua cessionem factam penitus abiiceret, sed ex qua temperaret translationem. Constituit enim, vendita actione ne amplioris summæ exactio transferatur in emptorem, quam quantum efficit soluti pretii quantitas & usurarum eius. Addita ratio, quæ exstat initio constitutionis. Eam constitutionem nominatim comprobavit Iustinianus, & plenius est interpretatus, id cavens, ne fraus ei fieret. *L. ultim. C. mand.* Atque hoc addidit, quod in primis dignum est notatu, ut in reliquam quantitatem, quæ pretium solutum excedit, non modo nulla sit actio emptori adversus venditorem, de quo iam satis priore lege cautum erat; sed ne ei quidem qui cessit actiones. Apud quem tamen consequens erat, ut mansisse viderentur, cum non essent translatæ. *d. L. ult.* §. 1. Quod tamen dixi de venditione actionum, id constitutio Anastasiana ad voluntarias tantum venditiones pertinere voluit: necessarias excepit, ubi quis cogente iure, aut commoditate rei familiaris & actionis dividendæ cogitur actionem quam habet alteri vendere. Huc enim referuntur eæ species venditionum quas constitutio commemorat & excipit in *d. L. penult.* illic, [3] *exceptis scilicet cessionibus. C. mand.* In quibus exceptio hoc significat, iis casibus & similibus actiones quamvis multo minores venditas quam in his est, tamen in totum transferri, ut cui cessæ sunt, tantum possit exigere, quantum ei qui cessit, debebatur; sicut fieret, si ex caussa donationis actiones essent translatæ. Ergo etiam nunc ex cæteris caussis in totum utilis actionum cessio est, & item ex venditionibus ipsis, dum [4] necessariis. In quo ius vetus manet commune cum cæteris rebus, de quibus transferendis agitur. Ex voluntariis autem venditionibus etsi non est in totum utilis cessio ex constitutione superiore; est tamen ad eam quantitatem saltem utilis, quam pretii soluti, & usurarum eius quantitas efficit.

XI. Sed an omnes actiones pro hac potestate cedi possunt? quid enim, si sit in rem actio? Et exstat Iustiniani constitutio in *L. ultim. C. de her. vel act. vend.* qua cavet in hæc verba: *ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, & utiliter eam movere suo nomine conceditur: etiam eum, qui in rem actionem comparavit, eadem uti posse facultate.* Etiamne qui & ipse cessam tantum actionem habeat a vero creditore, eamdem etiam illis modis utiliter cesserit? Et cum cessa actio fiat eius, qui accepit, debitori non debet, quin & eam ut suam possit alii cedere. Ac generalis est superior constitutio Iustiniani, omnium actionum [5] esse venditionem & translationem. *d. L. ult. de her. vel act. vend.* Probatur autem in hac specie dilucide argumento nominis pignori dati; ex qua datione cum creditor cui id pignus datum est, actionem utilem adversus debitorem traditam habeat. [6] *L. nomen, C. quæ res pign. obl. pos.* ea res tamen non est impedimento, quominus eamdem actionem cedat alii. Nam si hæc actio pignori est, licet & pignus pignori dare. *L. unica, C si pignus pign. datum sit.* Quæ datio & ipsa acceptam prius actionem transferet.

XII.

2) Idem est in permutatione & omni contractu quo res alienatur excepta donatione, Don. ad *d. l. pen. n.* 8. Quin idem est si cessio partim donationis, partim venditionis titulo facta *L. ult. C. Mand*, Parlador. *d.* §. 4. *n.* 8 Ratio vero exceptionis quia periculum est, ne is cui ceditur, redimat, vel alter vendat actionem vexandi debitoris caussa, opposito ei litigatore contentioso. Qui metus in donatione cessat, Don. ad *d. L. pen. n.* 4. Caussa igitur inhibitionis non est exiguitas pretii, cum liceat rem minoris emere, sed redemptio litium, *ibid n.* 11. Et Cuiac. 8. *Obs.* 31. plerumque, ait, calumniæ & vexationis emptio, non iuris est. Et quia sæpe cessionibus nominum insunt tacitæ pactiones de quota, seu certa parte litis, quæ contra bonos mores, vid. *supra Lib.* 18 *C.* 3. ideo omnes tales esse præsumuntur & vetantur, Cuiac. 16. *Obs.* 16.

3) Quatuor ibi species, in quibus cessio minore pretio facta in totum valet. (1) Actionum hereditariarum inter plures heredes. Ex. gr. Debentur defuncto 300. Tres heredes: Duo accepto modico totam actionem cedunt tertio. Valet venditio. (2) In solutum accepta. Ex. gr. Debentur mihi 50. debitor non habens unde solvat, cedit mihi actionem contra suum debitorem in 60. (3) Accepta pro tuitione possessionis rei alienæ, ex gr. Dominus qui pignori fundum obligavit eum vindicat a Mævio possessore; Mævius a creditore redimit actionem personalem & hipothecam qua utatur contra dominum; valet redemptio quantocunque pretio fiat. (4) Facta inter plures legatarios eiusdem debiti. Exemplum simile finge ceq in (1) specie Don. *ad d.* §. *pen. n.* 12. *&* 4. *seqq.* ubi *n.* 17. licet hæ species in *d. L. pen.* expressæ, tamen idem in similibus obtinere, quæ caussam habent necessariam, per verba: *nulla etenim tali ratione* item per ea *in fi L.* tam pro exceptis quam *aliis* (similibus scilicet) caussis. Veluti si fideiussor solvendi creditor cedat actionem adversus debitorem suum, si plures socii invicem. A. Fab. 12 *Consect* 12. accipit prohibitionem *d L. pen.* de debito illiquido. Cæterum si actiones non sint suspectæ, sed ita certæ & exploratæ ut de iis nulla lis timeri possit, valere venditionem minori pretio factam, forte ideo quia debitori in parato non sit onde solvat, vel si is absit, aut non plane idoneus, creditor autem pecunia præsenti indigeat, quia ratio hic & sententia legis deficit.

4) Idque non tantum cum cessio partim donationis partim venditionis titulo facta, sed & cum venditionis tantum ut contra DD. Parlador. 2 *Rer quotid. C. fin. P.* 3. §. 4. *n.* 51 *& seq Facit auth. minoris Cod Qui dare tut.*

5) Quæ iura cedi alteri nequeant vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 16 *Gl.* 2. quæ contra cedi possunt, *ibid. Gl.* 3.

6) De pignore nominis, & quod ipso iure non valeat, sed tuitione prætoris ac eur ita &c. vid. Ant. Fab. 8. *Consect.* 15. *&* 2. *seqq.*

XII. Illud in primis ad potestatem cedendæ actionis pertinet intelligi, quod placuit etiam ignorante atque adeo invito debitore actionem adversus eum cedi & transferri posse. *L.* 1. *C. de novat. L.* 3. *C. de her. vel. act. vend.* Nam de eo potest iusta esse dubitatio. Quorsum enim cessio? nempe ut deinde debitor ab eo, in quem actiones translatæ sunt, possit utilibus actionibus aut directis conveniri, ut postea dicetur. *L.* 3. *L. postquam*, *L. ex nominis*, *C. de her. vel act. vend.* Ergo cessio hoc efficit, non tantum ut alius eamdem actionem habeat, sed etiam ut hic alius apponatur novus creditor debitori, quem & debitor cogatur in se dominum litis & actorem experiri invitus. Quod ius pati non videtur. Certe debitor sua vice alium debitorem apponere creditori suo non potest, quem creditor cogatur sequi. *L. debitorum*, *C. de pact. L.* 2. *C. de her. vel act. vend.* Cur magis liceat creditori apponere debitori suo alium creditorem, cuius actionem suscipere cogatur? Quod quidem in primis regulæ iuris adversari videtur, quæ dictat non debere licere actori, quod reo non permittitur. *L. non debet actori*, *D. de reg. iur.* Huc etiam facere quis dixerit, quod traditur creditorem conditionem stipulationis quæ ab initio fuit, immutare non posse. *L. vero*, 12. *D. de solut.* Sed nihil hic de transferendis invito debitore in eum actionibus non recte placuit. Possunt cæteræ res invitis omnibus aliis a domino transferri. Quidni & transferuntur invitis aliis omnibus actiones, quæ non minus nostræ sunt? Apponitur quidem in cessione debitori invito alius actor, alius creditor. Sed dum ea res non noceat debitori, nulla iuris aut æquitatis ratio prohibet, quominus creditori ut in re sua id facere liceat. Nam & rem suam quanvis pignori obligatam recte quivis alienat etiam invito creditore, cui pignori obligata fuit: quia eo facto creditori non nocet, dum ei salvum manet ius pignoris. *L. debitorem*, *L. distractis*, *C. de pignor.* Et dominus cuius fundus servitutem debuit, recte invito vicino fundum alienat; quia nihil hic detrahitur vicino cui & post alienationem manet integra eadem servitus. *L. traditio*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* Quare & actio nostra, si in ea alteri adversus debitorem cedenda nihil debitori detrahitur, quominus a nobis recte cedatur etiam invito debitore, nibil est impedimento. Atqui ea cessione nulla fit debitori iniuria. Etenim si nihil debuit cedenti, nec debebit ei cui actiones cessæ sunt: omninoque is iure eius cui successit, uti debet. *L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* Si debuit; quominus, solvat recusare non potest. Ac potius iniuriarum est non solvere, ubi creditor primus per illum cui cessit actiones, exigat. Nec metuere hic debet reus, ne alii quam suo creditori solvendo non liberetur. Nam & hic cui cessæ sunt actiones, cœpit esse creditor. Et ut non sit; tamen nihil interest ad liberationem, utrum creditori solvatur, an alii voluntate eius. *L. solutam*, *D. de sol. L. restituere*, *D. ad Trebel.*

XIII. Non adversatur exemplum debitoris. Non potest debitor alium vice sua creditori invito debitorem dare: scilicet quia non potest id fieri sine manifesta creditoris iniuria. Quid enim si is qui datur, non sit solvendo? quid si de eo dubitetur? quid si sit solvendo, sed homo litigiosus, aut potens, cum quo sit difficilis aut periculosa certatio? Multa denique in omnes partes incidunt, cur tutius sit hunc debitorem habere atque hunc sequi: illum periculosius. Nullum tale periculum aut incommodum 7 metuendum est debitori, cui ex cessione nihil amplius præstandum est, quam sine cessione, & interdum minus. Nam quod regula iuris traditur non debere licere actori, quod reo non permittitur: nihil ad rem pertinet. Nihil enim hic concedimus creditori, quod non putemus licere & reo. Potest creditor ius actionis suæ transferre in alium sine debitoris iniuria & incommodo. Transferat debitor & obligationem suam in alium sine creditoris incommodo; nihil caussæ dicimus, quin & ipse recte transferat. Quod si non potest, fatendum est, dum hoc ei denegatur, non denegari ei quod actori permittatur. Multo minus ad rem pertinet, quod placet conditionem stipulationis facto creditoris immutari non posse. Cessio enim actionis conditionem stipulationis non mutat, sed conservat: cum actio eodem iure in eum qui accipit transferatur. Quod si mutata actoris persona, hoc ipso putabimus immutari conditionem obligationis: dicendum erit etiam cum actio a defuncto transit in heredem, conditionem obligationis immutari, eoque & transire non posse, quod nemo unquam dixit.

7) Immo si non debet, vel si non solidum; idem periculum, si potentior vel magis rixosus actor adponatur. Quod autem tunc remedium, vid. *supra C.* 26. *N.* 2.

XIV. Postquam ut cæterarum rerum, ita cedendæ & transferendæ actionis ius est, & quatenus id liceat, tenemus: videndum secundo loco, quis sit cedendi modus, ut recte cessa transferatur. Et ut nunc cessionem paulo generalius intelligi volumus omnem rationem, qua volens creditor actionem suam tradit, ut faciat propriam accipientis; hoc sensu ceditur actio dupliciter; partim nuda voluntate creditoris, & eius cui actio ceditur, partim mandando. Nuda voluntate ceditur, & cessa transfertur actio, ut quisque qui actionem suo nomine habuit, dixit se id nomen & eam actionem alii dare transferendi caussa; quod fit, dum præstatur actio ex iis caussis, ex quibus dominium cæterarum rerum transferri solet. Id an recte definiamus, ex partibus definitionis intelligetur. Constat igitur hæc cessio duabus his rebus; voluntate cedentis & accipientis sine alia traditione; item iusta caussa, ex qua actio transferatur. Sola voluntate creditoris & accipientis sine traditione cedi & transferri actionem omnem argumento est actio vendita. Vendi nomen seu actionem posse, & ea venditione utiles actiones emptori tribui constat. *L. 3. L. postquam, L. ex nominis, L. ult. C. de her. vel act. vendit.* Atqui certi iuris est sola voluntate & solo consensu emptionem contrahi. *Inst. de oblig. ex cons.* Ex quo intelligitur & hoc solo consensu utiles actiones a creditore in emptorem transferri. Quod & in omnibus aliis caussis similiter probandum est. Sed quoniam non intelligitur voluntas transferendi, nisi sit caussa, cur creditor velit transferre; ideo hic quoque iustam caussam exigimus, id est, eam, ex qua res transferri solent; non tamen quæ ad voluntatem transferendi accedat, quando hæc voluntas sine iusta caussa præcedente esse non potest, sed quæ eam voluntatem intervenisse testetur: similiter plane ut fit in dominiis rerum transferendis. *L. nunquam, D. de adq. rer. dom.* Huiusmodi caussa est venditio, quo genere & actionem in emptorem transferri iam dixi. Sed non est hæc sola. Ut res cæteræ tum corporales tum incorporales ex omnibus aliis caussis ad transferendum idoneis transferuntur: ita & actiones, quacunque ex iis caussis placuit creditori actionem ad alium transire: ut si creditor nomeo, id est actionem, in dotem dederit. *L. 2. C. de obl. & act.* si dederit creditori suo in solutum, *L. si in solutum, C. eod. L. ult. C. si fisc. vel priva.* si cui donaverit. *L. pen. C. mand. L. 2. C. de don.* si legaverit. *L. ex legato, C. de leg.* Etiam in hac re transferendæ actionis idonea caussa est, cum nomen debitoris sui creditor dat pignori. Huc enim spectat datio, & hactenus est utilis, ut nisi is qui dedit solvat creditori suo, liceat ei qui pignori accepit, adversus debitorem experiri. Quod ita fit, si ei actio detur eo nomine: quam ad rem & ei utilis actio competit. *L. nomen, C. quæ res pig. oblig. poss. L. postquam, C. de her. vel act. vend.* Ergo in hac translatione actionis hactenus cætera cum translatione cæterarum rerum communia: voluntas transferentis accipientisque, & huius voluntatis indicium idonea caussa ad transferendum. Quæ duo in omni translatione rerum exigimus. *§. per traditionem, Instit. de rer. divis. L. nunquam, D. de adq. rer. dom.* Hoc dissimile, quod cæteræ res inter vivos non transferuntur sine traditione. *d. §. per traditionem, L. traditionibus, C. de pact.* In actionum cessione & translatione superiore nuda voluntas dantis & accipientis sufficit, quod exemplo venditi nominis seu venditæ actionis paulo ante diximus. *d. L. postquam, C. de her. vel act. vend.* Nec mirum, si hic non requiratur traditio. Frustra enim requiratur, quæ in his per rerum naturam nulla est. Sed nec quidquam traditioni simile in his potest intervenire, quale potest in aliis rebus incorporalibus, puta usufructu, & servitutibus; in quibus & dominus qui cedit, & is cui servitus ceditur, facere possunt inter se, quod pro traditione habeatur: dum hic inducitur in fundum, & utitur servitute, dominus autem utentem patitur. *L. 3. D. de usuf. L. ult. D. de servit.* At in actionibus cedendis nullus istiusmodi usus accipientis, nulla cedentis patientia intervenire potest, cum actionis usus instituatur cum debitore, cuius nullæ sunt partes in hac cessione. Hac de caussa ex omni datione & cessione nominis, quæ fit non mandatis actionibus, non aliæ transferuntur actiones, quam utiles. *d. L. postquam, L. ex nominis, C. de her. vel act. vend. d. L. ult. C. si fisc. vel privat. d. L. ex legato, C. de legat.* Quippe traditionibus & usucapionibus iure directo res transferuntur. *d. L. traditionibus, C. de pact. §. per traditionem, Instit. de rer. divis.* Actionis autem datio nullam traditionem admittit.

XV. Quod si quis directas actiones creditoris cessione in se transferri vult, potest id consequi: sed tamen & hoc non recta, sed tantum obliqua via, nempe mandatis a creditore actionibus. Manda-

tatum

tarum actionum verbo significari directas, eas ipsas quas creditor suo nomine habuit, vel hinc intelligimus, quod ubique mandatæ actiones distinguuntur ab utilibus translatis. *d. L. ex nominis, de her. vel act. vend. L. ult. si fisc. vel privat. d. L. ex legato, de legat.* Non sunt autem aliæ quæ distinguantur ab utilibus, nisi directæ. *§. ult. Inst. de leg. Aquil. L. actio, D. de neg. gest.* Sed & hæ directæ nominantur aperte in *d. L. ex legato.* quarum translatio cum mandatis solum actionibus contingat, nempe hinc factum est, quod de cessionis verbo initio monui, ut in usu iuris illæ demum proprie dicantur cedi actiones, quæ mandantur; unde & cessæ & mandatæ actiones pro eodem [8] usurpentur. *d. L. Modestinus, D. de solut.* Convenit enim verbum cedendi proprie & per excellentiam in iis actionibus transferendis usurpari, quæ propriæ sunt actiones creditoris. Nam de his cedendis agitur. Hæ autem sunt directæ: atque hæ non nisi mandatæ transferuntur, ut dixi. Quomodo tamen, quatenus, & quo sensu transferantur, ex definitione verbi intelligetur. Mandare actiones est, actiones suas, eas ipsas quæ cuique directo competunt, alteri exercendas committere suo quidem nomine, ex persona tamen mandantis. Id quidem vis verbi per se indicat. Est enim mandare, non utique transferre aliquid in aliquem, sed aliquid alteri gerendum committere, quod suscipiatur ex persona mandantis. *L. 1. §. ult. L. 2. D. mand.* Ita necesse est, si recte dicuntur actiones mandari, eas intelligi, quæ committuntur alicui gerendæ, id est, exercendæ ex persona mandantis. Et vero hoc ita est, ut mandatæ actiones dicantur exerceri ab eo cui mandatæ sunt, solum ex persona mandantis. *L. ult. C. si fisc. vel priv. L. qui stipendia, C. de proc.* Inde factum est, ut is cui mandantur actiones, idem dicatur in his actionibus procurator fieri in rem suam: sintque omnino hæc eadem, mandare alicui actiones nostras, & eum procuratorem in rem suam facere. Quod facile intelligetur ex *L. emptor.* iuncta *L. ex nominis, C. de her. vel act. vend.* in quibus hæc pro eodem usurpari observabimus. Congruit *L. quod si nolit*, in pr. *D. de minor. L. procuratore in rem suam, D. de proc.* ut si quid ad definitionem mandatarum actionum aliquid apertius volumus, quærimusque quomodo isto modo, quem dixi, mandentur actiones; liceat definire hoc modo, ut mandare actiones alicui, sit eum in rem suam procuratorem facere. Et vero efficitur hæc definitio ex priore, convenitque cum verbi significatione. Is cui mandantur actiones, dicitur, atque adeo fieri debet procurator in actionibus exercendis: Recte: is enim adhibetur ad alienas actiones exercendas mandatu & ex persona domini eiusdemque creditoris. Procurator autem est omnis, qui mandatu domini negotium aliquod eius administrat. *L. 1. D. de procur.* Sed idem ita est procurator, ut sit in rem suam, id est, ut omne commodum & incommodum earum actionum sit eius. Ergo qua parte actionem mandatam is exercet mandatu & ex persona mandantis, eatenus directa actio in eum non transfertur, quanvis mandata. Rursum qua parte idem procurator est in rem suam, effectu eam ipsam directam eius fieri recte dixeris. Ea enim propria res cuiusque esse dicitur, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *L. 1. §. in propria, D. quand. app. sit.* Cuius exitus habita ratione mandatæ directæ actiones non male dicuntur esse, & traditæ, quia hoc modo directæ, licet obliqua via, [9] transferantur. Quæret aliquis, cur actiones directæ non efficiantur propriæ eius cui mandatæ sunt, ut ob id necesse sit eum has actiones exercere ex persona mandantis. Id caussæ est, quia iuris ratio non patitur ullas actiones directas in alium recta transferri. Meminisse enim debemus omnem actionem in personam ut ex certis caussis inter aliquos constituta est, ita certis tantum personis constitutam esse, & adversus certas personas, ad quas nimirum eæ caussæ pertinent. Mandata & cessa actio earum personarum conditionem non mutat. Quo fit, ut in alium translata actione, non possit in eius persona directa illa actio consistere, quæ cedenti competebat. Sit exempli gratia venditor, qui fundum vendiderit centum, necdum pretium acceperit. Habet is eo nomine actionem ex vendito, quæ soli venditori competit, non alii. *L. Iulianus,*

8) Cedere & mandare actiones an differant controversia est Azonis ac Bassiani exposita ab Accurs. in *L. 1. C. de O. & A.* Ille negat: hic affirmat, ref. Curt. 3. *Coniect. ad Fr.* 19. qui Azoni assentitur. Contra A. Fab. 12. *Coniect.* 6. mandare actionem & nomen cedere longe diversa esse, quod nostro omnino repugnat. Puto differre ut genus & speciem: omne mandatum actionum esse cessionem; sed non omnes actiones cessas mandatas dici posse. Certe *d. L.* 76. tantum probat mandatas recte appellari cessas, nihil ibi quod solæ aut proprie.

9) Hotom. 6. *Obs.* 16. P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 6. Diss. Curt. *Coniect. ad Fr.* 9. quia directæ sic intra viscera eius cui debetur hæreant, ut avelli vix possint.

nus, §. *ex vendito*, *D. de act. empt.* Finge hunc id nomen vendere, & in eam rem mandare actiones suas ei qui nomen emit. Apparet ius superius non pati, ut actio ex vendito quæ venditori competebat, in istum emptorem nominis transferri possit. Nulla enim cessione nostra effici potest, ut is cui cedimus actiones nostras, sit venditor: nunc autem quæ illi ceditur actio, soli venditori competit: Idemque in cæteris actionibus licet intelligere. Ne igitur mirum sit, si dum volumus directas actiones nostras transferri, inventa sit obliqua hæc ratio, ut mandentur, id est, tradantur quidem alteri exercendæ, sed ex persona nostra. Quoniam aliter cedi non possunt. Sed si mandatis actionibus, ne tum quidem recta transferuntur directæ actiones, cur distinguuntur tot locis actiones mandatæ a nomine simpliciter dato? ut *d. L. emptor. L. ex nominis, C. de her. vel act. vend. L. ult. C. si fisc. vel priv. L. ex legato, C. de leg.* Hoc ideo, quia nomine simpliciter dato nihil transfertur in accipientem nisi actio utilis, qua ille utitur suo nomine. Mandatis autem actionibus, transfertur directa, etsi qui accepit, hanc exercet ex persona mandantis. Utrum autem horum fiat, etiam in re ipsa nonnihil interest. De quo in quæstione de effectu cessionis paulo post dicemus. Illud monendi sumus, mandatis actionibus ut directas, ita simul & utiles transire: has quidem quas procurator in rem suam datus moveat suo nomine, ut modo dixi, illas autem quibus utatur ex mandantis persona. *L. procuratore in rem suam dato, D. de procur. L. 1. C. de obl. & act.* Idque ex superioribus satis intelligitur. Nam qui mandavit actiones suas, is utique voluit nomen accipientis fieri. Diximus autem sola hac voluntate transferri utiles actiones. Atque his modis ceduntur transferunturque actiones tum utiles, tum directæ.

XVI. Quibus translatis superest tertium, ut de vi & potestate cessionis cognoscamus: in quo est, quid quantumque hac cessione in accipientem transferatur, quid apud cedentem de vetere actione maneat, & utrumque quo effectu. Transire in accipientem ut minimum utiles actiones diximus: si mandatæ sint actiones, diximus etiam transire directas suo tamen modo. Hoc primum videndum in hac translatione, an quod transit, fiat proprium accipientis, & quatenus. Hoc eo pertinet quærere, ut sciatur nullone modo iam pendeant actio cessa ex cedentis persona, ita ut nec ex pœnitentia eius possit revocari, nec eius morte finiatur. Et de utilibus actionibus convenit eas isto modo accipientis fieri proprias. Id enim significat, quod dicitur eum cui nomen datum est, utiles actiones habere suo nomine. *d. L. ult. C. si fisc. vel privat. L. ult. C. de hered. vel act. vend.* Quod semel nostrum esse cœpit, id a nobis recedere, & ad alium transire sine facto nostro non potest. *L. id quod nostrum, D. de reg. iur. L. si procurator meus, D. de acq. rer. dom.* Quanquam in eo nihil admodum argumentatione est opus, cum utrumque superius de utilibus actionibus certis locis confirmetur. Non posse eas revocari a cedente ex pœnitentia, traditur in *L. procuratore in rem suam, D. de proc.* Non finiri autem morte cedentis quanvis sine herede decesserit, expressum est in *L. 1. C. de obl. & act.* Non sunt per omnia in eadem caussa mandatæ actiones. Ac primum in his de utroque superiore iusta dubitatio est, an quidquam eorum admitti debeat. Nam præterquam quod ipsum mandatarum actionum nomen in his mandatum versari ostendit, etiam diximus & iuris certi est eas exerceri ex mandatu & persona cedentis. *d. L. ult. C. si fisc. vel privat. L. qui stipendia, L. de procur.* Conditio autem mandati hæc est, ut finiatur mandatum morte mandantis, & idem multo magis voluntate eius revocetur rebus integris. §. *recte*, *Inst. de mand.* Sed placuit, dum sit aliquis, ex cuius persona directæ actiones mandatæ exerceantur, similiter & illas accipientis proprias fieri, ut nec revocentur voluntate mandantis, nec finiantur eius morte. Nam quod dicitur in *d. L. procuratore in rem*, *D. de proc.* si dominus qui aliquem fecit procuratorem suum, id est qui mandavit actiones, velit mutata voluntate experiri ipse adversus debitorem, non esse eum præferendum procuratori in rem suam dato: plane nihil aliud est, quam eum non posse ex pœnitentia revocare & inhibere mandatas actiones. Quod si aperta voluntate mandantis revocari non possunt: multo sane minus eius morte finientur, ubi fieri potest, ut decedens mandator nihilominus in eadem voluntate manserit. Et vero hoc modo non finiri declaratur in *d. L. 1. C. de obl. & act.* Recte utrumque: neque contra legem & conditionem mandati. Neque enim hic versatur vere mandatum: cum etsi contentio sumatur ex alterius persona, vere tamen procurator rem suam propriam gerat, non alienam, ut dicitur in *d. L. qui stipendia*, *C. de*

C. de proc. quod longe recedit a vero mandato, in quo res aliena geritur. Ergo rei nostræ mandatum re integra recte revocatur voluntate nostra, & morte nostra finitur, quæ lex est & conditio superior mandati. Quominus autem pertineat ad ea revocanda, quæ aliena esse cœperunt, & repugnat mandati natura, & regula iuris prohibet, quæ non patitur, quod nostrum est, ab invitis nobis recedere. *d. L. id quod nostrum, D. de reg. iur.*

XVII. Hactenus ergo in summa utraque cessione superiore & utiles & mandatæ actiones sic fiunt propriæ eius cui nomen datum est, aut nominatim actiones mandatæ, ut neutra revocari possit voluntate cedentis, aut finiatur eius morte. Neque tamen ambæ in eadem caussa, ut proposui. Hoc interest, quod utiles actiones translatæ nullo casu recedunt ab eo qui eas accepit, ac ne tum quidem eum is qui eas transtulit, decessit sine herede; quinimmo ut tum durant, ita maxime earum usus est. Contra actiones mandatæ quia exercentur ex persona mandantis, sane perdurant, quandiu vivit, qui mandavit, aut ita decessit, ut heredem habeat. Sic enim fit, ut hic quoque recte exerceantur ex persona heredis, qui in locum defuncti successit, & eadem persona habetur. Quod si mandator decesserit sine herede placet evanescere mandatas actiones, ut iam is cui mandatæ erant, his uti non possit. Proinde utilem ei competere; utilem, inquam, non quæ nunc primum incipiat, cum ostenderimus & hanc longe ante cœpisse ex voluntate mandantis: sed quæ nunc primum sola sit, qua utatur, cum prius mandatis & utilibus experiri potuerit, prout visum esset. Hæc in *L. 1. C. de obl. & act.* Estque omnino hæc sententia eius rescripti. Differentiæ ratio ex illa priore differentia ducitur, quod diximus eum in quem transfertur nomen seu actio, utiles actiones exercere suo nomine, mandatas directas ex persona mandantis. Quod suo nomine habere cœpit, in eo ius illi non pendet ex persona alterius, ut proinde alterius personam cuiusquam hic spectare non oporteat. Quod autem habet & exercet ex alterius persona, tale est, ut ea persona sublata, & ipsum interire necesse sit, quia iam amplius non est, quod hic exerceatur, ut oportet.

XVIII. Harum actionum, quæ ita accipientis propriæ factæ sunt, quæ vis sit, & quid earum cessio accipientibus tribuat, deinceps videamus. Res esset expeditior, si ex cessione ita hæ actiones transferrentur, ut simul omnis actio ab eo qui cedit, discederet, translata in accipientem. Nunc autem ita est cessio omnis superior, ut qui actiones suas vendidit, aut quavis alia de caussa contulit in alterum, item & qui eas mandavit, nihilominus post eam cessionem easdem directas actiones [10] retineat, quas prius habuit, *L. 3. C. de novat.* unde & illum adversus debitorem suum quem non liberavit, interdum his experiri posse non uno in loco traditum legimus. Ut *L. 3. C. mand. d. L. 3. C. de novat.* Et certe ubi utiles solum transferri placet, hoc ipso arguitur directas manere penes cedentem, quia non solum translatæ. Sed & quod dicuntur directæ actiones mandatæ exerceri ex persona mandantis, non minus & hoc certum argumentum est directas esse mandantis, quas necesse sit ex persona eius peti. Quid ergo est? Et dum is qui cessit, non impediat (ubi autem impedire possit, de eo paulo post) cessionis ac superiorum actionum eam vim esse dicemus, ut quod ius fuit cedentis, id scilicet transferatur in eum qui eas actiones cessionis iure obtinent. Fuerunt autem in iure creditoris hæc duo: exactio debitæ quantitatis, & debitori quovis modo liberandi potestas. Et hæc ipsa sciamus [11] translata esse in accipientem cessis actionibus. De exigendi potestate dubitari non debet. Quid est enim actio, nisi ius persequendi iudicio quod sibi debetur? *Inst. de act.* in pr. At hæc ipsa actio, id est hoc ipsum persequendi & exigendi ius translatum est. Sed an ab invito debitore exigere potest, qui cum eo nihil contraxit? Potest & maxime. Idque idem actionis verbum per se indicat. Est enim, ut dixi, actio ius persequendi iudicio: nullum autem iudicium, nisi in invitum. *L. inter, §. 1. D. de verb. obl.* Ita fit, ut debitor, qui prius huic nihil debebat, sine ulla caussa ex illis summis quatuor, huic debere & teneri incipiat. Is enim debitor recte definitur, a quo invito pecunia

10) Hotomanus *6. Obs. 16.* Don. noster ad *L. 3. C. Mand. n. 5.* Ant. Fab. *12. Coniect. 6.* quia, inquit, mandando non id actum est ut illas amitteret, sed ut earum fructum, ministerium exhibente procuratore, sive nudus sit, sive in rem suam, facilius consequatur.

11) Ut quoties creditori parata exequutio, toties quoque ei cui nomen cessum, Parlador. *1. Rer. quotid. C. fin. P. 5. §. 4. n. 5.* Et cessionarium proprie esse creditorem, ut si ex L. municipali ad creditoris instantiam possit procedi ad capturam sine citatione, idem fit in eo. Ant. Massa *Lib. 3. de Exerc. Iurisperit. n. 54.* quia alter verus debitor; & quia ei competat definitio creditoris, quod debitoris fidem sequatur.

cunia exigi potest, ut sit & ei debitor, qui potest exigere. *L. debitor, D. de verb. signif.* Hinc quaesitum scilicet illud, quod ad potestatem cedendae actionis pertinet, possitne igitur vendi, aut alia quavis ex caussa cedi actio ignorante & invito debitore, adversus quem venditur, ceditur. De quo in ea parte supra diximus ita, ut efficeretur cum iuris & aequitatis rationibus congruere hanc sententiam, non tantum ignorante debitore, sed & invito adversus eum actiones a creditore in alium transferri posse. Quod si verum est, sequitur ut cui adversus ignorantem & invitum actio cessa est, idem & cessa actione adversus invitum exactionem habeat debitae quantitatis. Habet idem praeterea debitoris liberandi potestatem. Et quidem si ei debitor solvit, merito liberabitur, quia solvit voluntate creditoris: cum nihil intersit, ut dixi, utrum creditori solvatur, an alii voluntate eius, *d. L. solutam, D. de sol.* Sed amplius diximus: etsi cum emptore hereditatis, proinde & cum emptore actionis, in quem eumdem utiles actiones cessione translatae sunt, pactum factum sit debitoris liberandi caussa; & venditor, idemque vetus creditor agat, placet debitorem adversus eum exceptione doli mali tutum fore, quasi ab eo liberatum pacto, cui propter utiles actiones debitum fuerit. Hoc in *L. si cum emptore, D. de pact.*

XIX. Sed horum utrumque, inquam, ita, nisi vetus creditor, qui actiones cessit, impediat. Quid enim, si directis actionibus, quas apud eum manere constitit, experiatur adversus debitorem suum, & pecuniam exigat? Quid, si debitor ei solvat sua sponte, aut creditor cum eo aliter transigat eius liberandi caussa? Si quidem haec creditor iure potest, & quid eorum factum erit, impedietur scilicet ius superius ei cui actio cessa est. Sin aliter, manebit. Itaque hic quaerendi locus est, quid creditori post cessionem liceat ad inhibendam accipienti cessam actionem, aut non liceat. In quo haec distinctio tenenda est, quam suggerit *L. 3. C. mand.* ut si quidem res integra est creditori, item & debitori: vetus is creditor solus pro vetere iure exactionem & liberandi debitoris potestatem habeat, eoque & potestatem inhibendae cessae actionis. Sin res his desierit esse integra, convertatur hoc ius transferaturque totum in eum in quem actiones translatae sunt. Ac creditori ad ius suum pristinum exsequendum res integra est, donec scilicet illi integra esse desinat.

XX. Definit autem illi esse integra, aut facto & persecutione eius, cui actio cessa est, aut sola scientia debitoris. Facto & persecutione eius cui actio cessa est, simulatque suo iure usus aliquid fecit cum debitore quod pertineret ad debitum obtinendum. Cuiusmodi facta sunt tria, quae comprehensa sunt in *L. 3. C. de novat.* quibus totidem effici *illic* traditur, ut deinceps semper integra sit actio ei cui cessa est, nec possit ullo facto veteris creditoris inhiberi. Primum factum est, si is actionibus cessis usus litem [12] contestatus sit eo nomine cum debitore. Proximum si extra iudicium obtinuerit a debitore, ut vel partem debiti ei solveret. In quo praeter creditoris persecutionem accedit etiam agnitio debitoris. Tertium, si vel tantum is qui actionem accepit, significaverit debitori sibi actionem cessam esse, eique denuntiaverit, ut sibi solveret. Quod tamen sic intelligemus, si id ita significaverit novus creditor, ut debitorem eius cessionis certiorem faceret, ut verba sunt *L. nomen, C. quae res pignor. obl. poss.* Quae verba Bartolus recte sic accepit; ut si debitor non credat, probari ei oporteat cessionem, puta aut prolato instrumento eius cessionis, aut honestis testibus, aut confessione ipsius creditoris.

XXI. Quid ergo si nihil illorum fecerit is cui actio cessa est? Et scriptum est in *d. L. 3. C. de novat.* posse hac conditione veterem creditorem suis actionibus expertum inhibere cessas actiones. Quo significari videtur id ita ius esse, ut quanvis debitor de cessione aliunde certo cognoverit, tamen nihil hoc prosit ei cui actio cessa est ad ius suum confirmandum, nisi ipse saltem eo processerit, ut debitori denuntiaret se sibi solvi velle. Quod & plerisque visum est, ut & interdum in hac re nutanti Accursio. Sed verius est, quod & Bartolus [13] probat ad *L. si cum emptore,*

12) Hotom *6. Obs. 16.* quia, ait, per litis contestationem delegatio fieri intelligitur *L. 11. de Novat. L. 2. Sol. matrim.* Rectius dicetur, quia prior obligatio in novam obligationem iudicati transfusa *L. 3. §. 11. de Pecul.* Vid. & Ant. Faber multum a nostro dissidens *12. Coniect. 6.*

13) Consentit Fachin. *3. Contr. 94.* post Olasc. quem refert *Dec. f. Pedem. 44.* Diff. Curt. 3. *Coniect. ad Fr. 19.* quia etsi aliunde sciat, dissimulare debet, ne videatur curiosior, arg. *L. dolo 19. de Novat. in fin.* Et Ant. Fab. 12. *Coniect.* 3. (1) *per L. 4. C. Quae res pig.* verbis *nondum certior a te factus.* Resp. Perinde est si aliunde certus, posito fine, de mediis nihil curandum: deinde *d. L. 4.* rescripta ad certam speciem & consultationem propositam. (2) Per rationem iuris, quia cedens manet creditor. Solutio autem facta vero creditori semper proficit. Resp. Ratio haec, si concludens, sequitur etiam post denunciationem cessionarii solvi posse cedenti, cum adhuc habeat directas actiones; quod tamen nemo, & nec ipse Faber, dicere

ptore, *D. de pact.* fatis effe debitorem undecunque certo fcire ceffionem effe factam, ut invito eo cui actio ceffa eft, non fit illi integrum creditori qui ceffit, folvere. Prius quidem illud retineremus omnino, ut verbis *d. L.* 3. convenientius. Sed ut defint aliæ rationes, prohibet *L. ult. D. de transf.* ubi vendita hereditate & mandatis emptori actionibus hereditariis, placet debitorem a venditore transfactione liberatum ita demum adverfus emptorem, cui ceffæ erant actiones, tutum effe, fi is ignoraverit venditam hereditatem effe. Proinde nihil ei profuerit creditoris pactum ad inhibendas actiones ceffas, fi ipfe actionem venditam, aut mandatam effe non ignoraverit: ut dicendum fit, quod propofui quanvis ab eo cui actio ceffa eft, nihil eorum factum fit, quæ fupra fcripta funt; tamen dum debitor aliunde fciat ceffam effe actionem, folam hanc fcientiam fatis effe, ut res ei ad alii folvendum definat effe integra. Et vero ratione id efficitur. Nam cum poft ceffionem debitor ei cui actio ceffa eft, teneri cœperit utilibus actionibus, nifi quæ iufta cauffa eum alii folventem excufet, facto fuo his actionibus liberari non poteft. *L. fi fervum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obl.* Iam vero hæc poteft iufta caufla effe, quæ eum excufet, fi ignoret in quemquam translatas effe actiones, & in quem fint translatæ. Quod fi fciat, nihil eft, quod eum defendat, quominus cui prius teneri cœperat, etiam nunc teneatur. §. *recte*, *Inft. mand.* Atque adeo, quod dicitur in *d. L.* 3. *C. de novat.* denuntiationem eius cui actio ceffa eft, fufficere, ut ei perpetua fiat actio: fatis argumenti eft, ut declaretur & in eo debitore qui ceffionem aliunde cognoverit, idem effe probandum. Neque enim certiorari debet, qui non ignoravit. *L.* 1. in fin. *D. de act. empt.*

XXII. Quid ergo fi his cafibus nihilominus folvat debitor veteri creditori? Effectum eft nihil ei prodeffe quo liberetur utilibus actionibus. Quod tamen folverit, fi iterum exigatur ab eo cui actio ceffa eft, repetere poteft a vetere creditore condictione ob cauffam. Solutum enim hoc eft ob cauffam, ut liberaretur: quæ caufla in propofito fecuta non eft. Quid tamen, fi vetus creditor urgeat debitorem, & iudicio experiatur? Dicendum eft eum fummo iure recte experiri, cum directæ actiones apud eum manferint, *d. L.* 3. *C. de novat.* fed exceptione doli mali a debitore fommoveri poffe. Dicet enim ceffas effe ab eo actiones alteri, quo invito non iam fibi integrum fit alii folvere, ut liberetur. Non effe æquum, ut cum agenti folverit, cogatur deinde & ei cui actiones ceffæ fint, iterum folvere. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Atque hinc doli mali exceptio; cui toties locus eft, quoties per occafionem iuris civilis aliquid contra naturalem æquitatem petitur. *L.* 1. *D. de dol. mal. exc.*

XXIII. Quod fi is cui actio ceffa eft, nihil eorum fecerit, quæ fupra diximus, & debitor non arguetur fciviffe actiones effe ceffas, aut etiam aderit is cui actio ceffa eft, & dicat fe non impedire quominus qui ceffit, agat: hic demum verus creditor integrum ius fuum cum debitore retinet cum ad exigendum, tum ad liberandum. Exigere eum ut re integra poffe, id ipfum eft, quod traditur in *d. L.* 3. *C. mand. d. L.* 3. *C. de novat.* Poffe autem eum ita tranfigere & pacifci cum debitore, ut eum liberet, & inhibeat ceffas actiones, diferte fcriptum eft in *L. ult. D. de transf.* Quod fi poteft quovis pacto, multo magis naturali folutione interveniente eum liberabit. Enimvero cum ceffis actionibus cœperit debitor teneri ei, cui ceffæ funt: quomodo his actionibus facto fuo liberari poteft invito eo cui tenebatur? quod quidem ius certum prohibet. *L. fi fervum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obl.* Non liberatur fummo iure, fed utilitatis cauffa, ne dum folvit ei, cui foli fe teneri putabat, iufta ignorantia ei damnum adferat. Ut eft in §. *recte*, *Inft. de mand.*

XXIV. Quid tamen fi dum vetus creditor agere incipit rebus integris cum vetere debitore fuo, exfiftat is cui actio ceffa eft, & velit potius fibi folvi, ac potius fe admitti ad agendum: in hoc concurfu uter alteri præferetur? Placet domino præferri eum cui actiones ceffæ funt, qui idem utiles actiones cœpit habere fuo nomine

dicere audet. Ac licet regerat Faber poft denunciationem actionem directam inefficacem effe ob exceptionem doli, reponendum tamen & citra denunciationem eandem exceptionem cedenti obftare, ut hic Donellus. Quin igitur verus poft ceffionem creditor re & effectu eft cui ceffum eft nomen, cum cedens maneat creditor fubtilitate iuris. (3) per æquitatem. Probabiliter ait Faber, ignorare poteft debitor an ceffionarius actione ceffa uti velit. Refp. Ignorantia hæc improbabilis per vulgatum illud; Nemo fuarum rerum profufor & iactator refupinus cenfetur. Obiicit fibi Faber: Ex facto cedentis dum folutionem extorquet & accipit, iniuria nafci non debet ceffionario. Refpondet ad id factum hoc effe eiufmodi, quo etiam non interveniente contingere poffit liberatio, veluti fi debitore folutum accipere recufante obfignaverit & depofuerit. Sed negandum eft Fabro, quod pro confeffo fumit, etiam hoc cafu ubi actio ceffa eft obfignationem factam cedenti liberare.

mine. Hoc in *d. L. procuratore in rem D. de proc.* Quod & ipsum superioribus consequens est. Nam eo cui actio cessa est ita exsistente & denuntiante ut sibi solvatur, diximus creditori veteri desinere rem esse integram, nec iam deinceps posse eum actiones cessas inhibere. *d. L. 3. C. de novat.* Sed hoc ita est, in qua'n, si dum creditor agere incipit cum debitore, idest ante litem cum eo contestatam, exsistat is cui cessæ sunt actiones. Cæterum si iam creditor iudicio egerit, & litem erit cum debitore contestatus, efficitur actio eius propria, quæ litis contestatione perpetuatur, *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut.* ut iam nihil hinc decidere possit ulla eius cui actiones cessæ erant, denuntiatio. Certe vetus creditor litem cum debitore contestando, novam adversus eum actionem sibi adquisivit iudicati. *L. 3. §. idem scribit, D. de pec.* Hæc semel illi quæsita, quam non transtulit, invito adimi non potest. *L. ult. D. de pact. L. habere, D. de evict.*

XXV. Et hoc quidem ius est utilium actionum, quæ vel ex datione sola nominis, vel mandatis actionibus in aliquem translatæ sunt, si quidem is in quem translatæ sunt, his experiatur. Quod si cui, mandatis sibi actionibus, his uti placeat, est in his interdum nonnihil amplius, quamobrem etiam expediat his potius experiri. Iam dixi eum qui utiles actiones habeat, eas movere suo nomine: mandatas autem actiones exerceri ex persona mandantis. *d. L. ult. C. si fisc. vel privat.* Ea res facit, ut qui utilibus actionibus experitur, nihil amplius possit petere, quam quod in re debetur: privilegio autem personæ cedentis ullo uti non possit, qui suo nomine agit, non ex alterius persona. Contra qui experitur mandatis actionibus, is ut experitur ex persona mandantis, ita & iure eius uti debeat, atque adeo [14] debeat eius persona fungi. Quod & illi tribuitur totidem verbis in *L. emptor, C. de her. vel. act. vend.* Id autem valet, eum qui mandatis actionibus utitur, etiam privilegio mandantis uti posse. Propone hoc modo: Pupillus actionem tutelæ quam habebat adversus aliquem tutorem suum, vendidit Titio, aut Titio donavit: eisque exercendæ caussa mandavit Titio actiones suas. Titius procurator in rem suam factus mandatis actionibus utens debitum petit ab eo tutore. Et cum alii plures creditores essent eiusdem tutoris, reperitur is tutor non omnibus esse solvendo. Dicemus actorem illum, eumdemque procuratorem in rem suam factum, privilegio pupilli uti posse, ut cæteris creditoribus in actionibus mandatis præferatur. Est autem hoc privilegium pupilli, ut sine alia conventione res tutoris habeat sibi pignori obligatas pro officio administrationis. *L. pro officio, C. de admi. tut.* Nec quisquam offendatur eo, quod privilegia & beneficia personalia ad alios non transeunt. *L. quia, D. sol. mat. L. privilegia, D. de reg. iur.* Cum enim agitur ex persona alierius, si quis in ea lite privilegio eius utitur, non tam videtur ipse uti, quam is cuius persona fungitur; ut dicendum sit hic non tam ad agentem privilegium transire, quam in eo, ex cuius persona contentio suscipitur, consistere. Inde etiam placuit defensorem privilegio domini uti posse. *L. alia, D. sol. matr.* Superius tamen sic accipiemus, si cessio fuerit voluntaria; qualis est, cum venditur actio, aut hereditas, vel donatur, & ex ea caussa mandantur emptori vel donatario actiones. Et de hac specie agitur in *d. L. emptor, C. de her. vel act. vend.*

XXVI. Aliud probandum est, cum cessio est necessaria. Quæ distinctio inducitur ex responso Papiniani, quod exstat in *L. ex pluribus, D. de adm. tut.* Unus ex pluribus tutoribus in solidum condemnatus solvit pupillo; sed prius quam solveret, iure consecutus est, ut sibi mandarentur a pupillo actiones adversus alios contutores. Quanvis ut procurator in rem suam datus agat, idest quanvis mandatas actiones ex persona pupilli exerceat, negat tamen Papinianus eum privilegium pupilli habiturum, quod nec heredi pupilli datur. Non enim, inquit, caussæ, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem. Hoc ille recte in ea specie, in qua cessio confertur a pupillo in tutorem solventem. Est enim cessio necessaria: cum possit tutor non solvere solidum, nisi sibi mandentur actiones adversus reliquos tutores. *L. 1. § nunc tractemus, D. de tut. & rat. dist.* Necessitate iuris coactus cedens actiones nihil intelligitur de suo proprio transferre in eum qui accipit, sed solum id quod est proprium actionis. Bene enim Modestinus, in necessitatibus neminem liberalem exsistere. *L. rem legatam, D. de adim. leg* Adde, quod magis hæ actiones [15] a lege cedi videntur, quam

14) Num Procurator in rem suam nomine domini vice mutua conventus compensare possit suo nomine, quod actor domino debet, vid. Cuiac. 24. *Obs.* 37. Contra an exceptio compensationis aliave, qua cedens repelli potuit, obiici possit cessionario, vid. Ant. Fab. 12. *Coniect.* 9. Tessaur. *Decis.* 22 Leonh. *Coppel. de Compens. Cap.* 4. *n.* 20. *& seqq.*

15) Actionem item de dote cessam non gaudere privilegiis dotis. Mynsing. 3. *Obs.* 3.

quam a pupillo: ut in his coercendis non ita conveniat spectari personam pupilli. Ac de cessione actionum satis dictum est.

XXVII. Qui tertius est, ac reliquus transferendæ actionis modus, lege transferri actio intelligitur, cum inter vivos sine ulla cessione creditoris iure ipso eius actio in alium transfertur. Quæ translatio inter certas personas recepta est propter utilitatem. Earum personarum tria genera sunt. Aut enim transfertur actio a pupillo in tutorem, aut a procuratore seu institore in dominum, aut a domino alteri cavente in eum cui cavit. A pupillo transfertur actio tutelæ in tutorem adversus reliquos contutores, cum unus ex tutoribus conventus solvit pupillo. Potuit is quidem petere a pupillo, ut sibi mandarentur actiones. Sed quanvis neque id petierit, neque ei actiones mandatæ sint: placuit tamen nihilominus eum utilem actionem habere adversus contutores pro parte singulorum. *L.* 1. *§. nunc tractemus, D. de tut. & rat. dist.* Non idem servatur inter duos fideiussores, cum unus conventus solidum solvit. Id enim si simpliciter facit, nec desiderat, ut creditor sibi cedat actiones adversus alterum fideiussorem, actio ei adversum illum alterum non competit. *L. cum alter, C. de fid.* Hæc ideo, quod priore casu quod tutori adversus contutorem utilis actio tutelæ datur adversus contutores, in eo ratio habita est, non tutoris, sed pupilli, cui hac ratione consulitur. Nam dum tutor intelliget se actionem habere de parte eius quod solvit, adversus contutores, facilius solidum solvet pupillo, nec pupillo in desiderandis mandatis actionibus molestus erit. Nullus autem eiusmodi favor est in aliis creditoribus, ut propter hoc debuerit eodem modo consuli uni ex fideiussoribus creditori solidum solventi. At quomodo obligentur contutores tutori, cum quo nihil contraxerunt? Sane ex persona sua non obligantur. Sed tutor hic incipit actionem habere ex persona pupilli. Ea est actio tutelæ, qua nunc utili experitur, non cessa, sed a lege tributa.

XXVIII. A procuratore in dominum transfertur actio, cum procurator negotium domini gerens actionem aliquam sibi adquisivit. Hanc quidem ille iudicio mandati cedere domino cogitur. *L. possessio, §. ult. D. de adquir. poss.* Sed ut non cesserit, æquitas suasit quibusdam in caussis nihilominus domino eo nomine utilem actionem dari: non quæ illi per procuratorem adquiratur, quod regula iuris vetat: sed quæ primum quæsita procuratori post deinde a procuratore in dominum transferatur. Quod tamen non passim receptum est, sed ut dixi, certis tantum in caussis, & his tribus. Una, si procurator ex re domini stipulatus sit, aliamve quam actionem ex alia caussa adquisierit. *L. quod procurator*, 68. *D. de proc.* exempla in *L. in caussæ*, 27. in fin. & *L. si procurator*, seq. *D. eod.* Altera, si procurator præsente domino ad quem ea res pertinebat, contraxerit. *L. si procurator*, 79. *D. de verb. obl.* Tertia, si iusta caussa alia erit, cur detur domino actio. Ut dicitur in *L. Damni*, 18. *§. ult D. de dam. inf.* quod alibi ita explicatur, si domino adversus procuratorem res salva esse non potest, vel quia non sit solvendo, vel quia peregre absit. Hoc ita in *L. in omnibus*, 5. *D. de præt. stip.* Idque fit exemplo institoris, a quo simili de caussa actio transfertur in eum qui præposuit. *L.* 1. *L.* 2. *D. de inst. act.*

XXIX. A domino alteri cavente transfertur actio in eum cui cavit non passim, sed tantum in hac specie, in qua multa concurrere videbantur ad eius translationis æquitatem; cum quis rem suam contulit in aliquem ea lege, ut eam Titio restitueret: puta commodavit rem quam habebat, aut deposuit, aut donavit supra scripta lege. In quibus caussis placet prius actionem commodati commodanti, actionem depositi deponenti, conditionem ob caussam dati donatori adquiri; sed tamen hanc directam quæsitam, lege transferri utilem in Titium, cui cavit. In quam sententiam præcipue notandi sunt hi loci duo. *L. pen. C. ad exhib. L. quoties, C. de don. quæ sub modo.* Et hunc locum attigi antea in quæstione, in qua quæritur quis cui stipulari possit, & contractu suo adquirere, sub Titulo, de fine communi omnium conventionum.

CAP. XLV.

Qui ex alieno facto, aut alterius persona teneantur. Atque hic primum de obligatione ex rebus nostris nata.

Obligatio ex alieno facto aut a rebus ducitur, aut a personis. Triplex obligationis modus ex rebus nostris. I.
Obligatur dominus ex re pignori obligata. Et quid ab hac personae propria obligatio differat. II.
Item ex publicis oneribus rei suae impositis; & cuiusmodi haec obligatio. III.
Item ex damno a suo animali illato. Quae inter fera ex hoc capite & alia animalia distinctio. IV.
Quae concurrere debeant, ut animal pauperiem fecisse dicatur. Quid pauperies. Actio ex ea prodita quid petat. V. VI.
Datur illa cuique, cuius interfit damnum non fuisse datum, nisi hic dederit damni caussam. VII.
Datur adversus dominum animalis sive unum sive plures in solidum. VIII.
De damno a rebus nostris inanimatis dato quatenus teneamur. IX.
Quid vicino amplius tribuatur, si hic in nos agentes, ut quae in eius fundum cecidere patiatur tollere, excipiat. X.

I. UT sunt, qui ex alterius persona actionem habent longe dissimilibus ex caussis, quam illis superioribus quatuor, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: ita sunt qui alieno facto, aut ex alterius persona teneantur, non minus dissimilibus de caussis, nec minus dissimili effectu. Omnis quae ex alieno facto nascitur pendetve obligatio, aut a rebus nascitur, aut a personis. A rebus si nostrae sunt, aut a nobis possidentur. In his vero tria sunt quae nos obligant: ipsarum rerum obligatio; damnum ab his datum; & damni ab his imminentis metus.

II. Obligantur res aut pignore in his constituto, aut oneribus publicis rei impositis. Pignore constituto, sive conventione eius cuius in bonis res erat id factum sit, sive testamento sive imperio magistratus, sive tacite lege sola (tot enim modis potest constitui; de quo postea) res obligatur pro eo debito, pro quo pignus intercessit. Est enim pignus res pro debito obligata. *§. item Serviana, Inst. de obl.* Hic, inquam, res obligatur, non persona, ut est in *L. ult. C. si unus ex plur. her. deb.* Sed quoniam res ipsae conveniri non possunt, necesse est propter rem conveniri earum rerum possessores. Quo fit, ut propter res obligatas & ipsi possessores obligentur. Quam ad rem constituta est in rem [1] actio Serviana, seu hypothecaria. *d. §. item Serviana, de act.* Sed quoniam ex re est & pendet haec obligatio, ideo longe diversa est ab ea, qua ex persona nostra teneamur. Qui ex persona sua obligatur, non liberatur invito creditore, nisi totum quod debetur solutum sit, aut eo nomine satisfactum creditori: de quo dicetur suo loco. *L. si rem, §. omnis, D. de pignor. act.* At qui tenentur pignoris iure propter rem quam possident, ita obligantur ad id praestandum quod debetur, ut quanvis conventi pignore cedendo, seu rem pignori obligatam creditori restituendo liberentur. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pignor.* Idque efficit in rem actio, quae de pignore competit. Eius enim finis est, ut res petita restituatur. *L. qui restituere, D. de rei vind.* Proinde eo iudicio qui rem restituit, petitioni satisfecit.

III. Onera rerum nostrarum sunt vectigalia, tributa, publicae denique praestationes intributionesque omnes ex censu publico praediis nostris impositae. His oneribus ita res [2] obligantur, ut obligentur ipsae, & principaliter conveniantur, non persona, ut est in *L. Imperatores, D. de publican.* Sed quod in pignore, id & in his oneribus ac muneribus patrimoniorum accidit, ut cum res conveniri utiliter non possint, propter rem conveniantur possessores, atque hactenus ad ea onera praestanda obligentur. *L. 2. L. 3. C. fine*

1) Verum hic non est obligatio personae olla, de quasi hic agitur. Nec magis hoc referri potest Serviana, quae ex iure, seu dominio pi, noris quod habet creditor, quam rei vindicatio aliave in rem actio, ubi itidem personam convenire necesse est.

2) *L. 3. C. de annon. Lib. 10. L. 5. pr. D. de Censib.* Atque hinc vectigal fixum, quod immobilibus rebus impositum, earum onus. Iacob. Durant. Cassel. 2. *Variar* 8. Quocirca nec hic obligatio vera personae quae huius loci, nec si esset, spectaret ad ius privatum. Ideoque nihil de eo hic adnoto.

fine cenf. vel rel. Adeoque publicis his penſitationibus obnoxii tenentur prædiorum poſſeſſores, ut non tantum eas agnoſcere debeant, quæ ipſis poſſidentibus, ſed etiam quæ ante a prioribus poſſeſſoribus contractæ ſunt, ut eſt in *d. L. Imperatores, de publican.* uſque adeo, ut quanvis venditum ſit prædium hac lege, ne emptor reliqua debeat, aut ut ab oneribus ſit immunis; tamen ea pactione nihil emptor idemque poſſeſſor adverſus fiſcum adiuvetur: idque eſt, quod conſtitutum eſt, ſine cenſu vel reliquis ſundum comparari non poſſe. *d. L. 2. L. 3. C. ſine cenſ. vel rel. fund. ven. non poſ.* Sed & hæc omnis obligatio in oneribus & muneribus patrimoniorum publicis eadem conditione nos tenet, qua pignus: ut ſcilicet conventi ſi malumus re cedere, quam tributa & cenſum inferre, liberemur. Id de fructuario dictum in iis oneribus quæ ei propter rem incumbunt, pertinet ad omnes poſſeſſores, qui propter rem tenentur. *L. cum fructuarius, 64. D. de uſufr.* Denique hoc tenendum eſt non latius res noſtras nos onerare, quam ut pro iis oneribus, quæ ab his ſunt, iis rebus cedamus. *L. prætor, §. 1. D. de dam. inf. L. is cum quo, 7. D. de aq. plu. arc. act.*

IV. Damnum a rebus noſtris datum itidem nos obligat, ſed ut res ſunt, ita varie. Res aut animatæ ſunt, aut inanimatæ. Animatæ, ut quadrupedes, bipedes. A quibus hoc damnum eſſe poteſt, ut aliquid frangant, rumpant. Inanimatæ ut ædes & alia opera noſtra vitioſa, quæ in alium locum decidentia varie damnum dare poſſunt. De animalibus, & in his de quadrupedibus hæc iuris diſtinctio eſt, ut interſit, ſintne animalia quæ natura ſua nocere ſoleant, an non nocere: ut in illis quidem damnum ab iis datum totum præſtetur, interdum & amplius: In his autem non ſemper. De priore genere cautum eſt edicto Ædilium. Quod cuiuſmodi ſit ex ipſis verbis edicti intelligetur. Eius verba hæc ſunt. *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, urſum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret animal, ſive ſoluta ſint, ſive alligata, ut contineri vinculis quominus damnum inferant, non poſſint, qua vulgo iter fiet, ita habuiſſe velit, ut cuiquam nocere, damnumve dare poſſit. Si adverſus ea factum erit; & homo liber ex ea re* 3 *perierit, in ſolidos ducentos. Si nocitum libero homini eſſe dicetur, quanti bonum æquum iudici videbitur; condemnetur. Cæterarum rerum quantum damnum datum factumve ſit, dupli.* Extat edictum in *L. hi enim, 40. & LL. 2. ſeqq. D. de ædil. ed.* Summa refertur in *§. ult. Inſt. ſi quadrup. paup. fec. dic.* Animalium autem nomine quorum non eſt naturalis, & genitalis feritas, ſi qua contra naturam ſui generis mota, pauperiem fecerint: actio lege duodecim tabularum prodita eſt adverſus dominum animalis, ei qui ex ea re damnum ſenſerit: ſed actio noxalis, id eſt ita de pauperie & damno dato, ut ſi quidem is cum quo agitur animal retinere velit, damni æſtimationem præſtare debeat: ſin malit animal noxæ dedere, liberetur. Summa hæc prope totidem verbis expreſſa in *Inſt. tit. ſi quadrup. paup. fec. dic.* indicata pluribus in *L. 1. D. eod.* Quæ quid contineat, & quam ſingula ita ſe habeant, ut poſui, notatis breviter huius actionis capitibus, & probatis ex ſuis locis, intelligetur.

V. Cauſſa huius actionis hæc exigit, ut quadrupes ſit de qua agitur; ut quadrupes non fera: ut contra naturam mota ſit: ut ſic mota pauperiem fecerit. De quadrupede lex ſcripta eſt. *L. 1.* in pr. *D. eod.* Quid ſi bipedes, gallinæ, anſeres in alienum involantes pauperiem fecerint. Agnoſcunt veteres verba legis deficere, eoque hic directam actionem ceſſare. Sed utilem actionem admittunt etiam hoc nomine ex ſententia legis. *L. pen. D. eod.* De quadrupedibus non feris lex cavit: ad feras beſtias, id eſt eas, in quibus naturalis & genitalis feritas eſt, non pertinet. *L. 1. §. in beſtiis, D. eod. Inſt. eod.* in pr. Sed & in pauperie hoc lex exigit ad iſtam actionem, ut quadrupes contra naturam ſui generis mota pauperiem fecerit. *L. 1. §. & generaliter, D. eod. Inſt. eod.* illic, *hæc autem actio.* Id Iuſtinianus ſic interpretatur *Inſt. eod.* ſtatim in principio, *ſi qua laſcivia, aut pavore, aut feritate non propria eius generis nocuerit.* Extra quas cauſſas id damnum eſt, quod quadrupes aut propter loci iniquitatem lapſa, aut onere preſſa, aut ab alio irritata dederit. Quibus de cauſſis hæc actio locum non habet: Id quid ſit, exemplis

3) Vid. remiſſive Caſp. Caballin. *de Ædil. act.* C. 4. Menoch. *Arb. C.* 568. ubi, itemque *Caſ.* 366. ioculatores & circumforaneos feras ſecum ducentes, ſi ab illis homo interemptus fuerit, extra ordinem coercendos ſtatuit iudicis arbitrio, per *L. ult. de extr. crim.* contra Rom. & Covar. in *Clem. 1. de homicid. P. 2. Relect. §. 4. n. 51.* qui 200. ſolidorum pœnam ſtatuunt. Sed recte Covarruvias per apertum *tex. d. L. 42. de æd. ed* Nec obſtat *d. L. ult.* quæ generatim loquitur de damno dato. Excipitur *ex d. L. 42.* ſpecies illa damni plane necato homine.

plis explicatur in *L.* 1. *§.* 1. *§.* & *generaliter*, *§. cum arietes*, *D. eod.* Denique pauperiem lex [4] exigit. Est autem pauperies damnum sine iniuria facientis: quod verbum ideo, ut animalium damno optime conveniens lex elegit. Non enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret. *d. L.* 1. *§.* 1. *D. eod. Inst. eod.* in fin. pr. Utrum autem res cuiusquam ab animali læsæ sint, an persona ipsa vulnerata, ut ad pauperiem, sic ad hanc actionem nihil interest. Idque est quod dicitur in *L.* 3. *D. eod.* ex hac lege non dubitari, etiam liberarum personarum nomine agi posse: si forte patremfamilias aut filiumfamilias vulneraverit quadrupes: ut in eo non corporis æstimatio fiat, quam liberi hominis corpus non recipit: sed æstimatio impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum quasque amissurus quis sit inutilis factus.

VI. Ex hac caussa est actio prodita, ut damni æstimatio præstetur; sed hac conditione, ut si malit dominus animal quod noxam commisit, noxæ dedere, liberetur. Unde & actio dicta noxalis. *L.* 1. in pr. *D. eod. Inst. eod.* in pr. Interdum tamen actio est in solidum: quod fit, si aut in iure interrogatus dominus an sua quadrupes esset, responderet non esse suam: aut post litem contestatam animali ab alio occiso, dominus actionem legis Aquiliæ non cedat ei qui de pauperie experitur. *L.* 1. *§. pen.*

VII. Prodita hæc actio omnibus qui pauperiem in rebus externis animalis facto senserunt. Proinde omnibus quorum interest damnum datum non esse: sive hi domini sint rei corruptæ, sive rem commodato, aut locationis caussa acceperint. *L.* 2. *D. eod.* Sic tamen placuit ex hac caussa actionem esse damnum passo, nisi ipse huius damni caussam præbuerit. Qui præbuit, sive per lasciviam id fecerit, sive culpa & incogitantia, denegatur ei actio ut ei factum suum potius quam domino noceat. Cuiusmodi est, si quis aliquem evitans, magistratum forte, in tabernam proximam se immiserit, ibique a cane feroce alligato [5] læsus sit. Nam si a soluto, contra. Hoc in *d. L.* 2. in fin. *D. eod.*

VIII. Datur autem hæc actio adversus dominum animalis, non tantum eum qui tunc fuit, cum quadrupes nocuit, adversus quem actio certa est, sive nunc adhuc dominus est, sive dolo desiit possidere: sed & eum, cuius nunc res est post pauperiem factam alienata. Est enim actio noxalis: quo in genere noxa caput sequitur. Si plurium commune animal erit, adversus singulos erit in solidum noxalis actio sicut in servo qui noxam nocuit. Omnia hæc ea lege, nisi ante litem contestatam animal decesserit. Quo casu, [6] extinguitur actio. Hæc in *L.* 1. *§.* & *cum*, *D. eod.*

IX. A rebus inanimatis, ut ædibus & aliis operibus nostris, si quod damnum earum rerum casu datum erit, hic propemodum tenemur eodem modo, quo de damno quod ab animalibus nostris datum est: nonnihil dissimiliter tamen. Nam si ædes nostræ ceciderint in alienum; si quidem nolimus ea quæ ceciderint tollere, placet ultro vicino adversus nos actionem esse, qua non tantum ea tollere, sed etiam quidquid eo casu damni datum factumve erit, præstare, aut si malumus, saltem totis ædibus cedere cogamur. Quæ plane ea noxalis actio est, quæ de damno ab animalibus nostris dato competit.

X. Quod si ipsi ultro agemus, ut liceat tollere quæ ceciderunt: hic vero possidenti vicino paulo plus tribuitur ad exceptionem. Placet enim non aliter nobis id permitti debere, quam si parati simus etiam quæ inutilia sunt auferre: item de damno non solum futuro, sed & præterito cavere. Utilis sententia & in primis notanda, quæ explicatur pluribus in *L. prætor* 7. *§.* 1. *§. ult. L. quod forte*, 8. *seq. L. hoc amplius*, 9. in pr. *D. de dam. inf.*

CAP.

4) Sic vocatur quod noxam nocendo animal dominum pretio suo pauperet. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 3.

5) Vinctos enim ad fores canes habebant, qui ostiarii dicti, parieti superinscripta formula, CAVE CAVE CANEM, vid. Christoph. Coler. *Parerg. Cap.* 16. Eryc. Putean. *Lib. genial. Serm. pag.* 15.

6) Affinis huic actioni, non eadem tamen, actio de pastu pecoris ex L. 12. Tabb. cuius mentio *L.* 14. *§. ultim. de prascr. verb.* quæ tunc datur, cum pecus sine omni domini vel custodis culpa agrum aut pratum aliquod ingressum depaverit. Nam si culpa id evenerit, aut si dolo pecus tuum in alienum immiseris, utilis actio ex sententia *L. Aq. L. ultim. C. de L. Aquil.* quam non de alia actione ex pastu, nec de actione si quadr. paup. (quia depasci ac pascendo vesci contra naturam non est pecoris) accipi posse aut debere scite ostendit, receptamque eius lectionem adstruit Gœd. *ad* 31. *de V. S. n.* 7. *&* 8. Vid. & de actione de pastu Balduin. *ad L.* 12. *Tabb.* 14. Oldend. *Cl.* 6. *Act.* 19.

CAP. XLVI.

Quibus remediis consequamur, ut damna a rebus alienis, alienove opere accidere solita aut avertantur, aut illata sarciantur; Et de operis novi nuntiatione.

Tertia præstatio ex rebus nostris, cautio imminentis damni. I.

Duplex damni amovendi ratio: quæ utrique constituta remedia; & quare tribus continentibus titulis exposita in Pandectis. II.

Nuntiatio novi operis quid. Qui illius usus ac finis. Inutilis illa aliquando. Talis ab initio, aut postea. III.

Inutilis ab initio nuntiatio novi operis, non extantis; nondum instituti; & eius, cuius in mora periculum. Hoc ultimum cuiusmodi, & quotuplex. IV. V. VI.

Item talis nuntiatio operis, in quo neglecta nuntiandi forma. Ad hanc necessaria. VII.

1. *Persona, quæ habeat iustam nuntiandi caussam. Quot eiusmodi caussæ.* VIII.

Quomodo facilis eorum qui nuntiandi ius habent ex triplici capite ineatur ratio. Quæ id genus personæ. IX.

Qui non affert iustam nuntiandi caussam, nuntiat inutiliter; secus qui adducit aliquam, tametsi falsam; aut iustam alieno etiam nomine allegat. X. XI.

Nuntiari opus potest & iis ad quos nihil attinet; modo nuntiatum intelligant. Quæ de his personis veterum definitio. XII.

2. *Locus ad nuntiandi formam necessarius. Talis qui sit.* XIII.

3. *Tempus. Etiam feriatum sufficit; & quare.* XIV.

4. *Nuntiandi modus. Triplex hic, & qualis. Nuntiatio nuda dissimilis & quatenus.* XV.

Inutilis ab eventu nuntiatio vel ex remissione, vel ex mutatione dominii: remissio triplex. XVI.

1. *Ducitur ex conventione litigantium.* XVII.

2. *Ex remissione prætoria. Hæc aut cum caussa, aut sine caussa. Quæ utraque, & quid una distet ab altera.* XVIII.

Impetrata remissio adversus procuratorem nuntiantis, in personam domini confertur. XIX.

Impetratur a quovis cum satisdatione se opus restituturum, nisi iure fuerit ædificatum. XX.

3. *Fit remissio satisdatione de opere, aut damno. Hæc quid sit; & quatenus expeditior & plenior.* XXI.

Item repromissione. Quid hæc a satisdatione differat; & a quo una præstetur, aut altera. XXII.

Satisdatio, sive cautio de nuntiato opere restituendo quid contineat. XXIII.

Singulæ illius partes explicatæ. L. stipulatio 21. & L. 13. §. si dominus D. de op. nov. nuot. *illustrantur.* XXIV. XXV.

Mutatione dominii nuntiatio fit inutilis, & quomodo. XXVI.

Cessante atque irrita novi operis nuntiatione, manent legitimæ actiones aliæ, & quæ illæ. XXVII.

Nuntiationis iure factæ quæ vis & effectus. Partitio interdicti de novo opere restituendo. XXVIII.

Nuntianti, eique soli competit interdictum; & quando uni, vel pluribus. XXIX.

Adversus eum solum qui fecit, mandavit, aut ratum habuit novum opus: & quæ hinc consectaria. XXX.

Novi operis facti post nuntiationem facienda restitutio: Operis inchoati quæ a nuntiante sumenda cognitio. XXXI.

I. INterim ex hac sententia semper huc res redit, ut si parati simus post casum ædium, aut operis alicuius nostri ædibus & reliquo opere cedere, non necesse habeamus damnum sarcire vicino, sed rei nostræ velut noxæ deditione liberemur. Sed hoc ita est, nisi aliqua cautione adversus futurum damnum occurratur. Sunt vero & huiusmodi cautiones iis qui inde damnum timent iure civili proditæ: quæ illa tertia præstatio est, cui res nostræ nos subiiciant.

II. Occurrendi iis damnis, quæ ex alienis rebus contingere possunt, natura duplex

duplex ratio est. Una, ut opus [1] futurum quod nondum factum est, instituitur tamen, inhibeatur, ne fiat: quod enim factum non erit, perspicuum est id aliis damnum dare non posse. Altera, ut sive iam opus factum erit, sive quod instituitur prohibere non possumus ne fiat, hic de futuro damno nobis tempestive a vicino caveamus, si licet. Et in utramque partem remedia constituta sunt iure civili. Ad futurum opus, unde damnum metuimus, inhibendum ne fiat, remedium paratum est, operis novi nuntiatio. Opere autem iam facto, ad cautionem de futuro damno, si quod incidet, duo sunt constituta remedia. Unum commune ad ædes, omniaque opera quæ usquam fiunt, & damnum aliquod minantur, pertinens, damni infecti stipulatio. Alterum speciale pertinens ad ea opera, quibus in agro aqua pluvia vicino nocere potest. Ea est actio aquæ pluviæ arcendæ. Quæ cum remedia unum prope finem sibi propositum habeant, utpote comparata damni, quod ex alienis rebus metuimus arcendi caussa, aut eius quod datum erit, farciendi: recte atque ordine factum est in Pandectis, ut tria ista remedia continentibus titulis coniungerentur eodem ordine, quo a me ista sunt proposita. Quorum primus est de operis novi nuntiatione: secundus de damno infecto: tertius De aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione. Etsi fatendum est eos titulos alioqui alieno loco collocatos esse. Quibus quis sit locus ex eorum remediorum usu & fine hic videmus.

III. Operis novi nuntiatio, ut dixi remedium comparatum est iure ad opera quæ alicubi fiunt, non præterita sed futura inhibenda, ne fiant, si forte ex his iniuriam aut damnum aliquod metuimus. *L. 1. §. 1 D. de op. no. nunt.* Est autem [a] opus novum nuntiare, oratio concisa, usitata passim nostris, qua significatur id, quod pluribus verbis exprimitur in interdictis de hoc genere a prætore propositis, nuntiare vicino quid instituenti, ne quid deinceps novi operis faciat. *L. prætor*, 20, in princ. & §. *deinde*, *D. eod.* Id est denuntiare novum id esse opus quod instituit: prohibere nos ne pergat, aut ne quid omnino instituat. Usus ac finis remedii hic, ut aut inhibendi operis metu a vicino extorqueamus cautionem de damno futuro, aut inhibito opere, in totum id damnum arceatur, si modo & ea nuntiatione opus novum iure prohiberi potest. Et edicto prætoris ita cautum est, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis [3] fiat; si quid factum sit, ut restituatur, sive iure, sive iniuria opus factum fuerit. *L. prætor*, 20. in pr. *L. 1.* in pr. Sed habet hæc vis nuntiationis hanc conditionem, si modo utilis sit, & teneat nuntiatio. Quod cum ex edicto ipso non statim nuntiationi cuivis præstetur: ante quæ sit utilis, & quid hic edictum exigat, constituendum est. Et quominus nuntiatio teneat eum, cui opus novum nuntiatum est, & opus inhibeat, duarum rerum efficitur ex altera. Aut enim ab initio ipsa inutilis nuntiatio est, puta non ita instituta ut iure oportuit, aut ab initio recte constituta postea finitur.

IV. Inutilem ab initio nuntiationem novi operis faciunt aut genus operis, cui occurritur, aut forma omissa, quæ iure præstituta est nuntiationi. Opus non omne novi operis nuntiationem recipit. Iam primum exigitur, ut instituatur opus. Id non quodvis accipitur, sed opus quod fiat in solo, & quidem ita in solo, ut sit exstructi demoliendi, aut depositi iterum ædificandi copia. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet; quanvis opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinere. Hoc in *L. 1. §. hoc autem*, *D. eod.* Interpretatio Iurisconsultis sumpta ex his verbis edicti, quibus prætor operis novi nuntiationem opus factum restitui omnimodo iubet, ut dicetur postea suo loco. *d. L. prætor*, in pr. *D. eod.* Non restituitur opus, nisi quod factum exstat. Non exstat, nisi quod fit in solo. Ut autem omnimodo restitui possit quod

1) (1) Nam & si quis tantum destinaverit ædificare, fabros conduxerit, lapides collegerit, nec quidquam adhuc fecit, nunciato tenetur. Duar. *h. t. C. 3. cir. fin. & ad L. 1. §. potest.* 8 *h. t.* 1. per *L. 5. §. 2. h. t* verbis sive quis ædificet sive inchoet ædificare (a) per *L. 8. §. 1.* si quid operis factum erit. Potest igitur nunciari, antequam quid operis fiat (3) per *L. 20. §. 2.* sive autem vacuus locus sit sive ædificatus, &c. Non obstat *L. 21. §. 3. hoc tit.* Nam loquitur de forma prætoriæ stipulationis & satisdationis præstandæ ab eo cui nunciatum. Adversus præterita vero opera non competit *l. 1. §. 1. h. t.* quia hoc edictum est prohibitorium. Prohiberi autem nequeunt iam facta. Henning. Goden. *Cons.* 104. *n.* 1.

a) Vocatur *αντονομία* *Nov.* 63. Vid. de hac materia Duar. *in Meth. Tract. ad h. t. & Expl.* 19. *LL. prior. & 1. Disp.* 16. Rob. 3. *Sent.* 16. P. Greg. 4. *Synt.* 27. *& 4. seqq.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 29. *& seqq.* Fach. 8. *Contr.* 44. *& seqq.* Moller. 1. *Semestr.* 44.

3) Unde dicitur similis appellationi *L. 1. Nihil innovari app. pend.* quia quiescere debet is cui nunciatum est; Duar. *h. t. Cap. 1. & ad L. 1. pr. h. t.* Recte autem *in d. L. 1. pr. h. t.* Florentini libri habent *promittitur* & melius quam Haloandrini *permittitur* (licet eam lectionem probet Carol. Labbæ. *in Obs. in Synopsin Basil. Lib. 58. tit. de Nunciatione Cap. 1.*) quia edicta ita concipiuntur ut promittatur: iudicium dabo, actionem dabo. Post edicta autem concipiuntur formulæ actionum vel interdictorum singulis edictis accommodatæ. Duar. *ad d. L. 1. pr.*

quod factum est, ædificium esse oportet, quod aut exstructum sit, aut depositum. Ubi exstructum deponi potest: depositum iterum ædificari. Quod non item fit in messe, aut arboribus. Messem enim semel defectam non restituas: sic nec excisas arbores. Unde non mirum, si opus factum aliter interpretati sunt, iidem veteres in interdicto [4] quod vi aut clam; in quo placuit inter ea opera quæ in solo fiunt, haberi hoc & eo interdicto teneri, si quis arbores vi aut clam succidat, item qui harundinem, aut salictum. *L. si alius*, 7. *§. notavimus*, *D. quod vi aut clam*. Quippe in eo interdicto restitutio operis vi aut clam facti, non est præcisa: sed non restituente eo cum quo agitur, condemnatio est in id quod actoris interest. *L. semper*, *§. hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam*. Ex hoc edicto restitutio operis adversus nuntiationem facti præcisa est; ubi factum omnimodo restituendum est, si hoc petitori placuerit. *L. stipulatio*, *§. pen. §. ult. D. de op. no. nunt.*

V. Exigit secundo loco nuntiatio opus novum, quod instituatur. Est autem opus novum ubi quis ædificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat. *L.* 1. *§. opus*, *D. eod.* Inde si quis ædificium vetus fulciat, placet huic nuntiationem non nocere, quia non faciat opus novum, sed [5] veteri sustinendo remedium adhibeat. *d. L.* 1. *§. si quis ædificium*, *eod.*

VI. Sed etsi novum opus fiat in aliquo loco, tamen in eo genere ipso quædam opera prætor excepit, in quibus liceat operis novi nuntiationem contemnere: rivorum, item cloacarum refectiones purgationesve, tum generaliter omnia opera, quorum mora periculum [6] allatura est. Illas, quod ad necessarium aquæ usum publice intersit rivos purgatos habere, ad aeris salubritatem & salutem publicam habere mundatas cloacas. Hæc, quia sunt opera necessaria, quæ differri sine periculo non possunt. Hæc in *L. de pupillo*, 5. *§. si quis rivos*, *§. præterea*, *seq. D. eod* Sunt autem huiusmodi opera, si quis puta in manifesto periculo ruinæ ædes demoliatur, ut restituat; si adversus vim imminentem maris aut fluminis aggerem exstruat, aut muniat. Ex hac parte mihi ductum videtur, quod placuit in servitutibus rusticis, eum qui viam in alieno habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agere. *L. qui viam*, 14. *D. eod.* Nempe ideo, inquam, quod non admisit prætor nuntiationem inhibitionemque novi operis in iis operibus, quorum mora periculum allatura est. Huiusmodi autem opera sunt ut plurimum, quæ instituuntur in fundis & agris culturæ caussa. Hæc enim omnis sua tempora & suas tempestates statas habet: quas omittere sine periculo non licet. Et quanvis forte non sit necesse ædificare in via propter ipsam: at propter reliqui fundi utilitatem sæpe ibi ædificare necesse aut commodum est. Neque hic nuntianti fit iniuria. Nam si vere ei via debetur, habet actionem in rem de servitute, qua servitutem vindicando hoc ipsum consequetur ut quod quis ibi ædificaverit, restituatur. *d. L. qui viam*. Postremo si quæ sint loca ita constituta, ut ex ipsorum conditione appareat in his aliquem iure publico ædificare posse, & ædificet: eiusmodi opus est, quod nemo possit nuntiatione sua inhibere. Tale est, si quis in mari aut litore ædificet, de quo ita Ulpianus, eum qui ita ædificet, iure gentium suum facere. Ideo si quis velit ibi ædificantem prohibere, nullo iure id facere: neque opus novum nuntiare, nisi ex una caussa posse, si forte damni infecti velit sibi caveri. Hoc ille in *L.* 1 *§. nuntiamus*, in fin. *D. eod.* Hoc ideo, quod, ut mox dicetur, nulli conceditur opus novum nuntiare, nisi ius nuntiandi habeat, aut de eo dubitetur. Cæterum quæcunque alia opera sunt, & quæcun-

4) Sed Duar. *ad d. Leg.* 1. §. 12. discrimen hoc non admittit, quia, inquit, Ulpianus in *L.* 7. §. 5. movetur inde, quod interdictum pertineat ad ea quæ in solo fiunt. Quæ ratio & huic nostro convenit. Idem sic distinguit, Aut arbor cæditur fructus caussa, si cædua, quæ in fructu *L.* 7. §. 12. *sol. matr.* & non tenetur cædens interdicto *d. L.* 1. §. 12. *h. t. d. L.* 7. §. 5. ibi: *qui fructum tangit*. Aut alterius utilitatis ratione, ac ita ut solum ipsum corrumpatur (de qua succisione loquitur *d.* §. cum interdictum tribuit) & competit non illud tantum, Quod vi aut clam: sed & hoc restitutorium interdictum. Arbor itaque in *d.* §. 12. intelligenda cædua per verba præcedentia, & sequentia de messe & vinea, quæ fiunt fructuum quærendorum caussa. Ita Duarenus. Sed rectius noster,

5) Sic recte legitur *d.* §. 13 per verba sequent a *veteri sustinendo* scilicet per [illegible] & [illegible]lera, ubi nihil mutatur facies rei, Duar. *ibid.* Quidam libri habent *reficiat*. Unde Alciatus refectionem & instaurationem veteris ædificii huc non pertinere (1) per. *d.* §. 13. (2) quia non mutatur vetus facies. Reficere enim est ad pristinam formam reducere *L.* 3. §. *pen. de it. act. priv.* Contra Duar. *h. t. Cap.* 2. *& ad d.* §. 13. si refectio talis, ut novam rei speciem adferat, quia speciale est in refectione rivorum, ut negetur nunciatio *L.* 5. §. 11. *h. tit.* Exceptio vero regulam arguit contrariam. Ad rationem Alciati Resp. Reficiens non mutat, inspecto scilicet tempore quod nunciationem præcessit, mutat autem, inspecto tempore quo nunciatum est. Novum autem opus, quod formam rei mutat, quæ tunc fuit, cum mutatio fieret. Sic cum dicitur, Nihil innovandum, pendente appellatione: hoc referendum ad tempus interpositæ appellationis, non ad anterius.

6) Duar. *ibid.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 37. Et nulla tunc remissione vel satisdatione opus, Rob. 2. *Rec. Lect.* 12.

que loca, in quibus inſtituuntur, genus operis admittit nuntiationem, ſive intra oppida, ſive extra oppida in villis vel agris opus novum fiat, & sive in privato, ſive in publico fiat, ut eſt in *L.* 1. *§. ſive autem*, *D. eod.*

VII. Forma quoque nuntiationi certa conſtituta eſt iure: ut proinde quidquid hinc omiſſum erit, inutilem faciat nuntiationem. Complectitur autem hæc forma has circumſtantias; perſonis, inter quas transigitur nuntiatio; locum nuntiandi; nuntiandi tempus; & nuntiationis modum. In perſonis ſunt, qui nuntiat, & is cui nuntiatur.

VIII. Opus novum nuntiare ſnius poteſt, qui ius nuntiandi, inhibendique operis habet. Is ius habet, qui nuntiat bis de cauſſis, aut iuris ſui conſervandi cauſſa, aut damni depellendi, aut publici iuris tuendi gratia. *L.* 1. *§. nuntiatio fit*, *D. eod.* Iuris ſui conſervandi cauſſa facit, qui in ſuum immitti quid non patitur, aut in eum locum in quo ſervitutem urbanam conſtitutam habet. *L. de pupillo*, *§. ſed et ſi in ædes*, *D. eod.* Damni depellendi is, qui periculoſe ædificanti opus novum nuntiat, ut periculum ruinæ a ſe avertat. *L.* 1. *§. nuntiamus*, *D. eod.* Publici iuris tuendi gratia is, qui loco facrn, religioſo, publico ædificanti nuntiat novum opus; aut ædificanti quidem in privato, ſed contra leges edictave principum, quæ ad modum ædificiorum facta ſunt. *L.* 1. *§. nuntiamus*, *D. eod.* Id aliis verbis expreſſit Pedius, de cauſſis operis novi nuntiationis definiens, cuius definitionem & diviſionem in hnc genere refert Ulpianus in *d. L. de pupillo*, *§. & belle*, *D. eod.* Neque enim alio referri debet, quod ille definit triplicem eſſe cauſſam operis novi nuntiationis. Ita eſt videlicet: nemo nuntiare poteſt utiliter, niſi qui ius nuntiandi habet. Is autem habet, qui habet iuſtam aliquam cauſſam nuntiandi. Hinc quæſtio, quænam eæ cauſſæ. Definit ergo Pedius hanc cauſſam eſſe triplicem; naturalem, publicam, impoſiticiam. Naturalem, cum quid fit in noſtro novi operis. Publicam, cum fit in publico, aut in privato contra leges. Impoſiticiam, cum quid fit in eo loco, cui impoſita eſt ſervitus. Cuius definitionis & diviſionis non alia vis eſt, quam ut intelligatur, ſi quis eiuſmodi aliquam cauſſam habeat, hunc eſſe, qui poſſit opus novum nuntiare.

IX. Quod ſi ex his nondum ſatis intelligimus, qui nuntiare poſſint, de eo ſic facile ſtatuemus, ſi animadverterimus quidquid fit novi operis, id aut in privato noſtro fieri, aut in alieno, aut in publico, eove quod fit divini iuris. Si in noſtro, omnes nuntiandi novi operis ius habent, ad quos ea res pertinet. Sic enim nuntiant iuris ſui conſervandi cauſſa, idque maxime naturaliter. *L.* 1. *§. pen. D. eod.* In quo numero ſunt, aut domini, aut qui pro dominis ſuo nomine habentur, ut olim qui in provincia prædia poſſidebant, alioqui ſtipendiaria aut tributaria, quæ poſtea bono iure cœperunt eſſe provincialium non minus, quam Italica ex conſtitutionibus. *§. per traditionem*, *Inſt. de rer. diviſ.* Item ſuperficiarius, & [7] emphyteuticarius. Ac de his in *L. in provinciali*, 3. in pr. & *§. pen. D. eod.* Exceptum, ſi quid fiat in loco communi ab uno ex ſociis. De quo placet ſocium ſocio opus novum nnntiare non poſſe; ſive ideo nuntiet, quia rei communi noceatur; ſive ideo, quia propriam inſulam habeat, cui nocetur. Et hoc quia ſocius ſocium in re communi quid molientem alia ratione prohibere poteſt, puta aut per prætorem, aut iudicio communi dividundo. Hoc in *d. L. in provinciali*. 3. *§.* 1. & 2. *eod* Dominorum loco ſunt quanvis alieno nomine tutor & curator. ideo & hi opus novum recte nuntiant. *L. & ſi*, 7. in fin. *D. eod.* Si quis in privato ædificat, quod non eſt nuntiantis, nuntiandi novi operis ius habeant duo. Primum vicinus quiſquis ex eo opere damnum metuens ſibi caveri poſtulat eo nomine damni infecti: quod quidem facit damni depellendi cauſſa. *L.* 1. *§. nuntiamus*, *D. eod.* Tum is cui ſervitus debetur, ſi quid hic operis novi fiat adverſus impoſitam ſervitutem. Quam cauſſam ante diximus vocari a Pedio impoſiticiam. *d. L. de pupillo*, *§. & belle*, *D. eod.* Quo tamen loco mnnendi ſumus accipiendum id eſſe de ſervitutibus urbanis, quæ nobis debeantur a vicino. Nam ante ſervitutem ruſticam excepimus: cuins nomine negavimus opus novum [8] nuntiari poſſe, ſi quid adverſus

7) Vid Valaſc. *Iur. Emphyt.* Q. 33. *n.* 10. Et bonæ fidei poſſeſſor arg. *L.* 7. *§.* 6 *L.* 13. *pr. de Publ. in rem* P. Greg. 4. *Synt.* 28. *n.* 1. Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 23. admittens etiam nudum poſſeſſorem ſine titulo arg *L.* 11. *de vi arm. L.* 1. *Quod vi*, non autem inquilini & coloni *L.* 3. *§.* 3. niſi ad longum tempus conduxerint. Et niſi dominus abſens arg. *L. C. Si per vim vel alio modo*, Gomez. *d. lo. n.* 27.

8) Variæ hic ſunt ſententiæ: Cum noſtro inter urbanas & ruſticas diſtinguit Duar. 2. *Diſput.* 17. *& hoc tit. Cap.* 3. *& ad d. L.* 14. (ubi ſcribit ſe 12. diverſas opiniones hac de re reperiſſe in aliorum libris) Pac. 3. Q. 57. Io. Tavard. *de Interd. h. t. n* 10. & plerique interpretes teſte Ant. Fab. 19. *Coniect.* 5. Ratio diverſitatis redditur a Duareno quia ædificans in via, ex gr. minus iter impedit, quam incommodi adfert opus contra ſervitutem urbanam: Unde

versus eam operis novi fiat. *d. L. qui viam, eod.* Finge vicinum debere ædibus meis servitutem, ne ædes suas altius tollat, ne luminibus meis officiat, aut ne prospectui. Si quid contra ædificet, nuntiandi ius est. Et ad hoc exemplum nuntiationem pupilli retulit Ulpianus in *d. L. de pupillo*, in princip. *D. eod.* nisi quis mavult ad ea quæ fiunt in locis publicis eum locum referre. Ac secundum hanc distinctionem interpretari conveniet eos locos, in quibus generaliter scriptum legimus, eum qui servitutem habet, ius habere opus novum nuntiandi, ut *d. L. de pupillo, §. & belle, eod. L. 1. §. 1. D. de remiss.* Nec tamen servitutis nomine nuntiandi ius est ei cui servitus debetur: sed etiam creditori, cui pignoris iure prædium tenetur. Nam & ei datur servitutis vindicatio utilis. *L. creditori, D. de op. no. nunt.* Si in publico aliquid fiat: placet 9 omnes cives opus novum nuntiare posse. *L. 3. §. ult. D. eod.* tuendi scilicet iuris publici gratia: *L. 1. §. nuntiatio fit, D. eod.* quam caussam nuntiationis vocat Pedius publicam. *d. L. de pupillo, §. & bello.* Sed cives, inquam, id possunt: ad servos id ius non pertinet, ut nec ulla alia iuris civilis communio, *d. L. de pupillo, §. 1.* Sed & in civibus placuit in universum pupillo operis novi nuntiationis exsecutionem non esse dandam, nisi ad ipsius privatum commodum res pertineat. *d. L. de pupillo*, in pr.

X. Cum hos solos nuntiare novum opus dicimus, qui in supra scripta aliqua caussa sunt; apparet hoc dici, si qui alii opus novum nuntient, quando hi nullam nuntiandi caussam, nullum ius habeant, nuntiationem esse inutilem, utpote vitiose factam. *arg. in L. quoties, D. qui satisd. cog.* Quod tamen sic accipiendum erit, si is qui opus novum nuntiat, interrogatus, quamobrem nuntiet, nullam eiusmodi nuntiandi caussam adferat. Quod si aliquam dicet, puta quod dicat in suo ædificari, aut in eo in quo sibi servitus debetur, aut in loco publico, etiam si falsum dicat, tenebit nuntiatio, & si post eam nuntiationem opus factum erit, restituetur. Et ita intelligi oportet, quod aliquoties dicitur, post operis novi nuntiationem, quod factum est omnimodo iuberi restitui, sive iure factum sit, sive iniuria, ut *L. 1. in pr. L. prætor, in pr. & §. ait. D. eod.* Ita sane, etsi quis nullo iure opus novum nuntiaverit, atque ita iure ædificaverit is, cui nuntiatum est, tamen factum adversus nuntiationem omnimodo restituendum est: verum hactenus, dum de eo dubitetur, an iustam aliquam caussam ex superioribus 10 habeat, & aliquam

Unde multa exempla urbanarum servitutum, quod in iis nunciatio teneat, repetiri, ait *L. 15. de serv. urb.* nulla rusticarum. Sed hanc distinctionem reprobat Coras. 5. *Misc.* 25. quia LL. reliquæ, quæ nunciationem tribuunt servitutem habenti, indistincte loquuntur *d. L. 5. §. 9. L. 9. h. t. L. 47. Fam. erc.* & Hotoman. 2. *Amic.* 17. quia, ait, via servitutis non tantum rustica, sed & urbana, si per alterius aream esset. Et stillicidii servitus urbana, in qua ius nunciandi non est: & Bron. 1. *Ass* 94 A. Fab. 19. *Con. 5. Ad d. L.* 14. Resp. Coras. ibi nihil agi, & quia non incommodetur usus servitutis ædificando, sed melior reddatur si forte ex terrena lapidea fiat (sed mera hæc divinatio est, L. indefinitam ad huiusmodi casum indubitabilem restringere) & quia non mutetur pristina facies (quod verum non videtur) Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 24. posse etiam in rustica servitute nunciari, quando ea imposita certo loco fundi servientis, si in illo loco ædificetur: Non posse, si simpliciter, quia si non certus locus determinatus, ad usum servitutis, licet in una parte fundi ædificetur, per aliam tamen ire potest, & ita intelligit *d. L.* 14. Cuiac. 1. *Obs.* 17. ita: *Non aliis servitutem habentibus nunciatio competit quam quibus eo iure licet intendere ius domino non esse in suo ædificandi.* Ut in servitute altius non tollendi ne prospectui aut luminibus officiatur & oneris ferendi. Contra in servitute viæ itineris, aquæductus, item stillicidii recipiendi, quia nec illic actio datur, non esse ius ædificandi *L. 9. Si ser. vind.* Cum quo fere convenit Rev. 2. *Var.* 2. Hotom. *d. lo.* sic, Servitutum aliæ in non faciendo in quibus nunciationi locus, exemplum *L. 15. de serv. urb.* aliæ in patiendo, in quibus non item. Ratio. Promissio non faciendi continet promissionem patiendi; non contra. Excipitur servitus oneris ferendi *L. 6. in fi. Si serv. vind.* quia singularis illius & quasi abnormis natura, Char. 1. *Verif.* 2. tum nunciari posse in servitute quacunque, cum probatum est opus nuncianti nocere, quod fiet cum de servitute constituta docebitur. Non igitur, ait, poterit ante vindicationem servitutis, & hoc dicit *d. L.* 14. postea poterit *L. 9 pr. Si ser. vind.* & ita quoque Bron. 1. *Ass.* 94. At hic omnino resistit, quod nunciatio tenet sive iure sive iniuria fiat, modo, an caussa aliqua nunciandi sit, dubitetur, &c. Vaud. 1. *Q.* 53. in urbanis libere nunciari novum opus: In rusticis contra, non quod plane non admittatur, sed quod debeat prius servitutem vindicare *d. L. 9. pr.* Ratio differentiæ: Si ædibus imposita lex ex. gr. ne altius tollatur domino servientis domus aliquid contra moliente, uti licet constitutæ legis beneficio. Contra in rusticis. Si enim ex gr. via constituta sit ac aliquid fiat, quo viæ caussa deterior fiat: non ipsa lege servitutis cautum ne id fiat, nec in impositiciam nunciationis caussam committit ædificans. Quia autem per id via invia redditur, non ædificium surgens, sed via ipsa dat caussam huic edicto. Inde igitur remedium, unde damnum oritur ut viam vindicem, quasi me non patiatur uti, qui ædificat. Assentior A. Fabro 19. *Con.* 5. ita distinguenti: Aut nunciatio fit alii ædificanti, quam domino, & indistincte tenet; aut domino ipsi, distinguitur an opus fiat directo contra formam constitutæ servitutis, ut in servitute altius non tollendi, an per indirectum ut in via, &c. Quod & cum relata Vaudi opinione convenit.

9) Non item alienigenæ viatores, imo nec incolæ non cives. Duar. *in d. L. 3. §. ult.* Non obstat *L. 1. §. ult. de via publ.* datur omnibus & in omnes. Nam resp. omnibus scilicet quibus populares actiones competunt. Obiic. At omnium interest etiam extraneorum, quibus licet via publica ire *L. 11. C. de serv.* Resp. Duar. non sequitur, Licet ire in via publica: Ergo & caussam publicam de via defendere. Diss. P. Greg. 4. *Synt.* 27. *n.* 9. etiam viatoribus concedens, & Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 30. qui tamen ita admittit si opus in via publica fiat, non si in alio loco publico.

10) Non autem si aperte iniusta. Facit *L. 1. §. 18. hoc tit.* Quæ communis opinio Gail. 1. *Obs.* 16. *n. 3. & seqq.* Arumæ. *Disp. Pand.* 19. *Th.* 7. diss. Fachin. 8. *Contr.* 44. Prius vero nuncianti de calumnia iurandum *L. 5. §. 14. h. t.* Quomodo autem auctore Prætore iuretur, cum fiat etiam sine prætore, vid. Duar. *ibid.* & *ad L. 1. §. 2. h. t.* & *in Meth. tract. C. 4. sub. fin.*

quam alleget. Nam qui nullam cauſſam adfert, hunc negamus opus novum nuntiare iure poſſe.

XI. Sed etſi is qui opus novum nuntiat, fateatur nullam ſe cauſſam nuntiandi ex ſuperioribus habere: utiliter tamen nuntiat, ſi nuntiet alterius nomine, qui ipſe ex ſua perſona nuntiandi ius habuit. Et noſtro & alieno nomine nuntiationem fieri poſſe conſtitit, *L.* 1. §. *nuntiatio*, 1. *D. eod.* Sic tamen, dum qui alieno nomine id facit, meminerit ſe in eo procuratorem actoris eſſe, proinde & ex edicto ſatiſdare debere dominum rem ratum habiturum. *L. ſervum*, 33. §. *ait*, *D. de proc.* Quod & receptum eſt: ut ſi eiuſmodi ſatiſdationem non offerat, nulla ſit eius nuntiatio. *L. de pupillo*, §. *qui procuratorio*. *L. cum procurator* in pr. §. *ult. D. de op. no. nunt.*

XII. Quibus opus novum nuntiatur, in his non ſimiliter exigimus, ut ſint ii, ad quos opus pertineat. Nuntiatio novi operis ſic accepta eſt a veteribus, ut exiſtimetur [11] in rem fieri, non in perſonam, ut eſt in *L. operis*, 10. *D. eod.* vel ut alibi, ut operi fiat, non perſonæ. *L. ult. D. eod.* ſic enim ibi legendum eſt, *nuntiatio operi non perſonæ fit*. Non ut in Pandectis Florentinis, [12] *nuntiatio operis, non perſonæ fit*. Non enim alio ſenſu hoc dicitur, quam illud, nuntiatio in rem fit, non in perſonam. Hinc de iis quibus nuntiari poteſt, hæc definitio eſt veterum: domino quidem operis recte nuntiari poſſe: ſed non ſoli, verum omnibus quoque, qui ſint in eo loco, ubi opus fit, dummodo ibi ſint vel domini, vel operis nomine: domini, veluti, ſi ſint ab eo adhibiti operis cuſtodes & obſervatores: operis, ut [13] fabri vel opifices. *L. de pupillo*, §. *nuntiari*, *D. eod.* Ex quo illud eſt, quod placuit, ſi plurium dominorum res ſit, in qua opus novum fiat, & uni nuntietur, omnibus dominis videri denuntiatum. *L. de pupillo*, §. *ſi plurium res*, *D. eod.* Quippe & hic unus dominus in opere eſt, aut cæterorum quoque dominorum nomine, aut certe operis. Adeoque his omnibus nuntiatur utiliter tanquam nuntiatione facta in rem, ſeu operi, ut nihil interſit quales ſint, ſervi, an liberi; maſculi, an fœminæ; maiores natu, an pueri vel puellæ. *d. L. de pupillo*, §. 1. & *d.* §. *nuntiari*. Quod ſi verum eſt; apparet nuntiationem recte his fieri etiam adverſus abſentes dominos & ignorantes. Quidni, cum procedat etiam adverſus invitos? *L.* 1. §. *nuntiatio ex hoc*, *D. eod.* Valebit igitur & adverſus furioſum dominum, & infantem, nec tutoris auctoritas in ea nuntiatione exigetur ob eamdem cauſſam. *d. L. operis*, 10. *D. eod.* Tantum in his exigendum eſt, ut nuntietur intelligenti, ſive nuntiatur domino, ſive alii extraneo, quo nuntiatio furioſum, vel infantem, aut alioqui abſentem dominum teneat. *L. cuilibet*, 11. *D. eod.* Merito: pro non dicto eſt enim, quod alii dictum ab eo non intelligitur: & æquum eſt nuntiationem ita inſtitui, ut caveri poſſit ab adverſario, ne quid contra nuntiationem fiat. Quod ita fit, ſi aut ipſe intelligat, aut ſit aliquis a quo poſſit moneri, quem monitum oportuit. Adde, quod aliter dici non poteſt contra edictum prætoris factum eſſe: quod tamen ad reſtitutionem operis adverſus nuntiationem facti edictum exigit. *L. prætor*, 20. in fin. pr. *D. eod.* Nam quod dicitur in *d. L. operis*, 10. *eod.* nuntiationem furioſo & infanti fieri poſſe, ſic interpretandum eſt, non quaſi diceretur ipſis nuntiari poſſe, ſed ut ſignificetur nuntiationem fieri poſſe, quæ furioſo & infanti domino noceat; ſemper tamen cum hac exceptione, dum fiat intelligenti qui poſſit renuntiare iis qui cavere poſſunt. Idque ita explicatur continenter in *d. L. cuilibet*, *ſeq.* ſubiicitur enim rationis & explicationis vice in hæc verba; *Cuilibet enim intelligenti, veluti fabro, nuntiatum, infantem & furioſum tenet*.

XIII. Locus nuntiandi novi operis unus tantum: is videlicet, in quo fit opus. Ibi in re præſenti nuntiationem fieri oportet, ſive quis ibi ædificet, ſive inchoet ædificare. *L. de pupillo*, §. *nuntiationem*, *D. eod.* Alibi nuntiatio facta inutilis eſt, ut maxime quis domino ipſi in foro & quovis alio loco publico opus novum nuntiet. Quod ideo placuit, ne ſi forte alibi nuntiatio fiat, & dum venitur ad opus, aliquid fuerit operis per ignorantiam factum, eveniat, ut contra edictum prætoris ſit factum, & tamen ſit impune. *d. L. de*

11) Id eſt huiuſmodi verbis: nuncin ne quid operis fiat: non his: ne quid tu facias. Duar. *ad L.* 1. §. 5. & *ad L.* 5. §. 2. *hoc tit.*

12) Sed recta Florentina lectio *operis, non perſona fit*, (non *fit*.) Inconcinne diceretur nunciatio operi fieri ſemper, immo fit perſonæ. At recte eſſe operis non perſonæ *d. L. ult.* recte item, fieri in rem non in perſonam *d. L.* 10. Diverſa hæc: fieri perſonæ vel rei & in perſonam vel rem. In rem actiones exercentur contra perſonam ob rem. Si pacta in rem actiones in rem ſcriptæ, id eſt ſine perſonæ certæ deſignatione.

13) Ubi ſi, antequam ad domini notitiam perveniret opifices ædificare pertexerint, dominus tenetur ad deſtructionem operis poſt nunciationem facti; ſed fabri tenentur ſolvere expenſas demolitionis, quia ipſi ædificando culpam commiſerunt. Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 29.

L. de pupillo, §. *si quis forte*, *D. eod.*

XIV. Tempus nuntiandi quodvis idoneum, ut liceat utiliter opus novum nuntiare in re præsenti etiam feriato die. *L.* 1. §. *nuntiatio ex hoc*, *D. eod.* Non est enim nuntiatio iurisdictionis contentiosæ, sed quam vel paucis verbis transigere liceat etiam invito adversario; quod genus per ferias licet exercere. *L.* 2. *D. de fer.*

XV. Nuntiandi modus utilis [14] triplex. Aut enim nuntiatur novum opus per prætorem, aut per manum & lapilli iactum, aut per operis novi nuntiationem, quæ specialiter ita dicitur. Tot enim modi inhibendi novi operis futuri statuuntur in *L. de pupillo*, §. *meminisse*, *D. eod.* In quibus etsi a prioribus duobus distinguitur operis novi nuntiatio, quasi in illis operis novi nuntiatio non insit: tamen hoc ita recte dicitur, cum specialiter accipitur operis novi nuntiatio. Cæterum generaliter etiam prioribus modis nuntiatur novum opus, id est nuntiatur, ne quid operis novi fiat, ut est in interdictis ad hoc remedii genus pertinentibus. *d. L. prætor*, 20. in pr. & §. *deinde*. *D. eod.* Unde & in ea specie inhibitionis quæ fit per prætorem, dicitur prætor opus novum iubere nuntiari in *L. si opus*, 16. *D. eod.* Per prætorem nuntiatio fit, cum is qui opus novum nuntiare instituit, adit prætorem, & impetrat ab eo, ut ipse iubeat opus novum nuntiari, & inhiberi nuntiatione sua, ut factum legimus in *d. L. si opus*. Quod magistratus facere solet per apparitores nomine eius, qui id postulant. Per manum & lapilli iactum nuntiatio olim fiebat vetere more & instituto Romanorum, cum quis nuntiaturus ne opus novum fieret, dicebat se prohibere ne fieret, & adiiciebat hunc ritum, ut manum opponeret operi quasi aversando, & simul iactaret lapillum in vicini opus: puto, ut facturo significaretur hoc ritu, si is pergeret, ei vim & contentionem iudiciariam esse paratam. Sic prope describitur hæc species a Paulo in *L. vi facit*, *D. quod vi aut clam.* Ubi prohibitum ædificare, eoque & vi opus facere definit eum, qui prohibitus est quovis prohibentis actu: id est inquit, *vel dicentis se prohibere*, *vel manum opponentis*, *lapillumve iactantis prohibendi gratia*. Quæ descriptio indicat melius dici hoc modo inhiberi opus per manum & lapilli iactum, ut & legitur in aliis exemplaribus, quam per lapilli [15] ictum, ut in Pandectis Florentinis in *d. L. de pupillo*, §. *meminisse*. Quanquam & ex iactu ictus est, ut non minus & hoc possit defendi: dum tamen ictus ex priore iactu lapilli intelligatur, ut est apud Paulum. Sed solemnis hic ritus Romanorum fuit; quo hodie & in aliis plerisque solemnibus non utimur. Nuntiatio novi operis, quæ specialiter ita dicta distinguitur a superioribus, est nuntiatio privata, & ea quæ verbis & solo prohibentis actu [16] transigitur, dicentis se prohibere, ne quid novi operis fiat, ut videtur hæc ipsa species describi a Paulo in eo loco quem ante citavi. *d. L. vi facit*. *D. quod vi aut clam.* Et satis ita esse intelligitur ex superiore divisione: in qua necesse est operis novi nuntiationem id significare, cum a prioribus membris ad istum modum distinguitur. Omnium istarum denuntiationum ad effectum nuntiationis vis eadem; ad commodum nuntiantis nonnihil est dissimilis. Nam his omnibus modis pariter consequimur, ut uti-

liter

14) Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 31. Sed unam esse novi operis nunciationem putat Duar. *ad hoc tit. D. C.* 6. *&* *ad d. L.* 5. §. 10. ac diversa esse genera, prohibitionem per Prætorem, itemque per lapilli iactum. His modis prohibitum non posse ædificare, etsi satisdare velit, quia nullo iure id cautum reperiatur. Nec in his concedi remissionem. Differre autem in eo quod nunciatio fiat iis, qui in solo nunciantis ædificant, reliquæ illis qui in alieno. Rob. quoque 3. *Sent.* 16. Prohibitionem per Prætorem a nunciatione diversam statuit, per *d. L.* 5. §. 10. *&* *per L.* 3. §. 2. *in fin. h. t.* (quam tamen aliter exponit Fach. 8. *Contr.* 46.) cumque obsistat *L.* 16. *h. t.* Resp. Rob. Nunciationem posse fieri accidente auctoritate prætoris, sed id non necessario. Nec in *d. L.* 16. Prætorem nunciare aut prohibere, sed iubere nunciari. Aliter P. Gregor. 4. *Synt.* 29. *n.* 2. quadruplicem faciens & ea quæ fit per iactum lapilli ab ea, quæ fit oppositione manuum distinguens.

15) Et sic legit ictum Rev. *ad L.* 73. §. 2. *de R. I.* quæ verba *per lapilli ictum* glossographo male adscribit Hotom. 2. *Obs.* 4. & male exponit Alex. Raudens *de Analog. Cap.* 7. *n.* 14. *& seqq.* ref. Bern. Græveo *Concl. pract. Lib.* 1. *Concl.* 16. *Consider.* 1. *n.* 3. quasi non significetur proiectio, sed lapidum aut materiæ ad ædificandum paratæ dispersio, vid. *L.* 1. §. 6. *leg.* 20. §. 1. *Quod vi aut clam.* ut tamen interveniant verba vel nutus æquipollens. P. Greg. 4. *Synt.* 29. *n.* 3. Prohibitio autem hæc festucaria dicta & civilis, Cuiac. *ad L.* 81. *de V. S.*

16) Prætore non adito *L.* 1. §. 2. *h. t.* Ac tantum abesse dicit Duar. *ad d.* §. 2. ut Prætoris aditio semper exigatur, ut & in suo factum dominus soli proprio motu demoliri possit, per *L.* 50. *de acq. do. L.* 33. *de cond. in d. L.* 27. *pr.* verbis *aut rem perdere* de serv. urb. *L.* 1. *C. Ut nem. lic. &c.* in quo consentit Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 1. Nec ideo, ait Duar. inutilis nunciatio si quia forte non ausit, vel nequeat demoliri. Potest & aliis modis, qui affines nunciationi huic, prohiberi ædificans, ut interdicto prohibitorio & actione civili confessoria vel negatoria. Quid vero intersit nunciatione quis prohibeat an actione civili, tradit Cuiac. 9. *ad Afr. in L.* 15. *h. t.* (1) Nunciatio non postulanda est a prætore *L.* 5. §. 2. *h. t.* (2) Actiones non ante inhibent opus quam actor probaverit. Nunciatio vim suam exercet statim. (3) Actio interdum etsi necdum quisquam ædificaverit *L.* 15. *hoc tit.* Nunciatio non antequam inchoetur ædificium *L.* 5. §. 2. *h. t.* (vid. tamen *supra N.* 1.) (4) Nunciatio datur non possessori adversus possessorem, & per eam constituitur adversarius possessor, quod intellige de posteriore specie, quæ specialiter sic vocatur. Unde si possidet prohibiturus, expedire ipsi ut alia actione agat, ne possessionem transferat, sin adversarius possideat, utiliorem esse nunciationem, Cisner. *ad L.* 15. *h. t.*

liter inhibeatur novum opus. Hoc ad rem nuntiantis interest, quod per prætorem & lapilli iactum qui nuntiat, retinet possessionem eius loci, in quo fit opus, si quam possessionem ante habuit. Operis autem novi nuntiatione nuda adversarium possessorem [17] facit, ut si de eo postea quæratur, an ius prohibendi habeat, adversarius nullo iure ædificet, in ea lite ipse se constituat actorem. *d. L. de pupillo*, §. *meminisse*. *L.* 1. §. *in operis*, *D. eod.* Hæc cum in opere quod fit, tum in forma nuntiandi ad vim rectæ nuntiationis constituta sint, licet iam intelligere quæ iam a principio utilis sit nuntiatio; quæ inutilis: illam esse utilem, in qua ea concurrunt, quæ in his ius exigit: in qua autem quid contra factum erit, eam esse inutilem.

XVI. Sed etsi ab initio utilis erit nuntiatio, tum ab opere, de quo fit nuntiatio, tum ab ea forma quæ huic rei præstituta est: tamen quæ recte constituta erat, eventu interdum finitur, ut non magis operi postea facto noceat, quam si ab initio non esset interposita, aut non esset utiliter. Id accidit dupliciter. Aut enim ei cui opus novum nuntiatum est, remittitur nuntiatio, quam remissionem ipse impetrat; aut mutatione dominii nuntiantis sua sponte exstinguitur. Remittitur nuntiatio aut conventione litigatorum, aut remissione prætoria, aut satisdatione vel repromissione eius, cui opus novum nuntiatum est.

XVII. Conventione litigatorum, cum qui nuntiavit, paciscitur cum eo cui nuntiatum est, ut ei pergere in opere instituto liceat. Placet ex hac conventione etiam post priorem nuntiationem impune ædificari, ut in hac quoque caussa, sicut in cæteris privatis ex generali edicto de pactis pactio servetur. *L.* 1. §. *potest*, vers. *inde*, *D. de op. nov. nunt.* Dubitationem hic faciebat veteribus edictum prætoris de operis novi nuntiatione, quo cavebatur districte, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis fieret. Si quid contra factum esset, ut sine exceptione restitueretur. *L. prætor*, in pr. *D. eod.* Sed bene id ita acceptum est, ut verba quanvis generalia temperarentur communi exceptione ducta ex edicto de pactis, extra quam si is qui nuntiasset, nuntiationem pacto remisisset. Quidquid enim hic cautum est de nuntiatione, privati nuntiantis caussa cautum est. Ius autem certum est licere unicuique iuri pro se introducto renuntiare, & deteriorem conditionem suam paciscendo constituere. *L. pactum*, *D. de pact.* *L. pen.* in fin. *C. eod.* At versatur in ea re auctoritas & iussus prætoris: cui iussui pactione privatorum derogari non potest. *L. ius publicum*, *D. de pact.* Negat Celsus hic iussum prætoris contra versari in *d. L.* 1. §. *potest*, vers. *inde*. Et recte negat: *quid enim*, inquit, *aliud agebat prætor vim istam nuntiationi privatæ tribuendo, quam ut controversias litigatorum hoc modo dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere.*

XVIII. Remissio prætoria est, cum prætor aditus a litigatoribus postulanti ei, cui opus novum nuntiatum erat, remittit seu missam facit nuntiationem. De qua remissione est in *L. prætor*, 20. in pr. *L. non solum*, 8. §. *sciendum*, *D. eod.* Remissio hæc duplex. Quædam ex caussa; atque hac de caussa simpliciter & in totum nuntiatio remittitur: quædam sine ulla alia caussa; quo genere contra sub conditione ac velut ex parte remittitur nuntiatio. Quæ ex caussa est remissio, hanc habet caussam. Edicto cautum est, ut qui opus novum nuntiat, iurare debeat se non calumniæ caussa opus novum nuntiare. *L. de pupillo*, §. *qui opus*, *D. eod.* A quo id exigitur ad rectam nuntiationem, perspicuum est, nisi iuret, vitiose ac proinde frustra nuntiare. *L. quoties*, *D. qui sat. cog.* Et si exigeretur iam statim ab initio id iusiurandum; diceremus hoc non præstito statim inutilem fieri nuntiationem, neque remissione prætoris in hac re esse opus. Nunc autem, ut est in *d.* §. *qui opus*, hoc iusiurandum non statim ab initio nuntiationis, sed postquam ad prætorem ventum est, ibi auctore prætore defertur, nec exigitur, ut iuret is qui nuntiat,

17) Quid ita cum durum sit ioris nostri conservandi gratia inventam in nos converti. Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 22. rationem aliam reddi non posse, quam quod solo verbo nuncians, ceu meticulosus ac timidus, videatur animum possidendi abiicere, cum non alio modo prohibeat. Duar. *h. t. C.* 6. *& ad. L.* 5. § 10. ideo transferri possessionem, quia permittitur ædificare cui nunciatum est, si satisdare voluerit, aut Prætore adito remissionem acceperit. Sed per hæc difficultas non tollitur. Vaud. 1. *Q.* 53. *n.* 9. Possessorem fieri adversarium *d.* §. 10. *& d.* §. 6. non quod nunciatio possessionem transferat. Neque enim verbis transferri potest *L.* 23. *pr. de acq. poss.* sed ut sequuta satisdatione, protodeque remissione habita, hoc ipso possessor intelligatur constitui *L.* 7. §. 2. *Quod vi aut clam & simil.* Tunc enim ex voluntate nunciantis incipit possidere estque satisdatio pro possessione *L.* 15. §. 11. vers. *cum ideo*, *de dam. inf.* Sed obstat huic quod *d.* §. 10. *& d.* §. 6. dicunt possessorem nos facere per nunciationem. Non igitur per satisdationem quæ eam aliquando sequitur, immo remittit & abolet. Melius itaque Rob. 3. *Sent.* 16. quia nuncians suo nomine similis ei qui iudicium inchoat, eoque ipso quodammodo se actorem constituit, & consequenter reum possidere fatetur. At lapilli iactu prohibens facto ipso obsistit, suamque sibi possessionem servat. Et cum per Prætorem prohibitio fit, Prætor ipse suo officio opus inhibet.

tiat, ante quam iusiurandum exigatur. Quapropter si tum exactum apud prætorem præstitum non erit, ibi necesse est a prætore non admitti nuntiationem. Quod cum facit, non declaratur non recte nuntiationem ante interpositam fuisse, sed quæ recte interposita erat, reiicitur, id est remittitur: in quo inest illa prætoris remissio, quam dixi. Quæ sine alia caussa remissio nuntiationis est a prætore, quæ altera species est remissionis prætoriæ, ea est, cum eo qui opus novum nuntiavit ultro iurante, nihil se calumniæ caussa nuntiare; nihilominus remittitur adversario postulanti nuntiatio. In hac vero postulatione, semper remittitur nuntiatio a magistratu: sed hoc dissimiliter a superiore remissione, quod illic simpliciter & in totum nuntiatio remittitur; hic addito temperamento, ac velut sub conditione, quatenus scilicet is cui nuntiatum est, ædificandi ius habet: *L. non solum, §. sciendum, D. eod.* vel ut in Pandectis Florentinis pro eodem dicitur in *L.* 1. in pr. *D. eod.* quatenus qui nuntiat, prohibendi ius non [18] habet. Qua parte prætor in edicto & se istam remissionem atque ista lege concessurum pollicetur, eaque pars est de remissionibus, quæ procul hinc remota collocata sub Titulo *de remissionibus* ad hunc locum referri debet. Verba autem prætoris in hac remissione hæc fuerunt, quæ exstant in *L.* 1. D. de remiss. *Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat. Ceterum nuntiationem missam facio. Ceterum*, id est alioqui, si, puta, illi qui nuntiavit, ius non est prohibere, ne opus novum fiat; eatenus nuntiationem remitto, ut appareat recte legi negative in Pandectis Florentinis in *d. L.* 1. *eod.* ad hunc modum: *deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset, non haberet.* Vitiosam autem esse, si affirmative legatur, quatenus ius prohibendi qui nuntiasset, haberet, ut fit in aliis exemplaribus: cum ista conditione non remittatur nuntiatio, sed maxime teneat ex verbis conceptis remissionis, quæ ante retulimus.

XIX. Quod si remissio adversus procuratorem nuntiantis impetretur, non in procuratoris, sed in domini personam remissio conferetur, ut est in *L. cum procurator*, in pr. *D. eod.* idest missa fiet nuntiatio: non quatenus procuratori prohibendi ius est, sed quatenus domino.

XX. Hanc remissionem non solum is implorare potest, cui opus novum nuntiatum est, sed & alius quivis absentis nomine, sive ad privatum, sive ad publicum ius ea remissio pertineat; sed hac lege, dum hoc quoque intelligat se in ea petitione alienæ litis defensionem suscipere, si forte is qui nuntiat, post remissionem nuntiationis velit de iure suo experiri, & docere sibi ius esse prohibere, ne novum opus fiat, atque eatenus nuntiationem tenere, ut quod contra factum erit, restitui debeat. Proinde in ea petitione recte ab extraneo exigitur, ut tanquam defensor satisdet non dominum ratum habiturum, sed quod pertineat ad operis novi nuntiationem, ut est in *L. de pupillo, §.* 19. *D. eod.* ut satisdet, si non iure ædificatum sit, se opus restituturum, uti dominus in eadem caussa faceret. Solemnis hæc satisdatio est, quæ imponitur alienæ rei defensoribus. *L. qui proprio, §. qui alium, D. de proc.* Cum sit autem hæc omnis remissio eiusmodi, quæ a prætore impetretur; & impetretur supra scripta conditione, quatenus ædificanti ius est ædificare, seu quatenus qui nuntiat, prohibendi ius non habet; ea res facit, ut post nuntiationem novi operis litigatores magistratum adire soleant: is quidem cui opus novum nuntiatum est, ut hanc missionem impetret; is autem qui nuntiavit, ut ius suum exsequatur, & doceat sibi ius prohibendi esse, ut solet hæc lis remissionem superiorem sequi, ut paulo ante attigi. Hoc vero illud est, quod Ulpianus scribit obscurius in *L.* 1. *§. potest*, D. eod. *& post operis novi nuntiationem committunt se litigatores prætoriæ iurisdictioni*. Quorsum, aut quid necesse post operis novi nuntiationem? nempe ad eas res, quas modo dixi expetere litigatores a prætore, partim ad vitandam nuntiationis vim, partim ad retinendam.

XXI. Satisdatione de opere aut damno eamdem remissionem consequitur is, cui opus novum nuntiatum est. *d. L. prætor*, in pr. *D. eod.* Sed & hanc ut promptius, ita & pleniore effectu. Prior non impetratur nisi a prætore; unde & ad eam

18) Remissio vero facta ubi nunciatio non tenet *d. L. un. §.* 2 Non tenere dicitur, non quæ nulla est, ob defectum solemnium; tunc enim nec ulla remissione opus; sed cuius effectus impeditur, et facta cui ius non est prohibere. Quod ex eventu litis cognoscitur. Interim remissio utilis ac necessaris si quis ædificare velit. Tenet autem quæ in vigore suo persistens remissione non meretur convelli ob ius nunciantis. Prava igitur omnino pariter ac arrogans Cuiacii correctio vel corruptio potius 1. *Obs.* 16. qui in *d. L.* 1 §. 4. verba *utilis* & *inutilis* transponit, scribens. Aut hæc verba locum inter se commutent necesse est, aut nulla est scientia, nulla disciplina iuris. Quem satis redarguit Duar. *ad L.* 2. *h. t.* Rob. 2. *Rec. Lect.* 12. *cir. fin.* add. Marc. Lycklama *Lib.* 3. *Membran. Ecloga* 81.

eam impetrandam prius eum adiri oportet. Satisdatione de opere aut damno interposita, qua nuntianti cautum sit, ipso iure nuntiatio remittitur, habeturque omnino vice prætoriæ missionis *L. prætor*, in pr. *D. eod.* Unde illud Ulpiani, *habet*, inquit, *hoc remedium satisdationis utilitatem. Nam remittit vexationem ad prætorem veniendi, & desiderandi, ut missa fiat nuntiatio*. L. de pupillo, §. *si is cui*, *D. eod.* Idque certius intelligitur ex eo, quod ei qui nuntiandi de opere novo cavisset, prætor interdictum proposuit, quo vetat illi vim fieri, quominus opus, de quo cautum esset, facere liceret *d. L. prætor*, §. *deinde*. Ad hæc superior remissio non latius missam facit nuntiationem, quam quatenus qui nuntiavit, ius prohibendi non habet, ut diximus. Satisdatio ut sine prætore remittit nuntiationem; ita & in totum, & sine exceptione [19] remittit. Merito eum, ut scribit Ulpianus, ex hac satisdatione utrique consultum sit: ei quidem qui nuntiavit, quia cautum habet de opere restituendo: ei autem cui nuntiatum est, quia molitio eius non impeditur. *L. stipulatio*, §. 1. *D. eod.* Quid si satisdationem non admittat, qui opus novum nuntiavit? Satis est obtulisse, & per actorem stare, quominus satisdetur, ut nihilominus offerenti remitti debeat satisdatio. Et huic quoque ex ea caussa interdictum superius comparatum est. *d. L. prætor*, §. *si quis paratus*, §. *deinde*, *eod.*

XXII. Interdum & sola repromissio idem efficit. *d. L. de pupillo*. §. *si is cui*. *D. eod.* Est autem repromissio simplex promissio sine fideiussoribus: quæ & dicitur cautio. *L. sancimus*, *C. de verb. signif.* satisdatio autem, eadem promissio, sed adhibitis fideiussoribus. *L. 1. D. qui sat. cog.* Utrum horum præstandum sit ad inhibendam nuntiationem novi operis, ex persona nuntiantis æstimatur. Si quis suo nomine opus novum nuntiat, ei satisdandum est: si quis alieno, nuda repromissione contentus esse debet. Qua ratione placuit, si quis de eo quod ædificatur in publico loco, opus novum nuntiet, huic repromissionem sufficere. *L. non solum*, 8. §. *quod si*, *D. eod.*

XXIII. Hac satisdatione & repromissione ad remissionem nuntiationis admissa, sequitur, ut quid hic promittendum sit, & quid continere debeat cautio, cognoscatur. Et promissio hæc omnis ita esse debet, ut est finis nuntiationis. Is finis duplex est, ut ex iis quæ de caussis huius generis diximus facile potest intelligi. Nam alias opus novum nuntiamus, quia ædificanti in totum id facere ius non est, puta ædificanti in nostro, aut in suo quidem, sed contra impositam servitutem; alias quia ita ei ædificandi ius est: ut tamen ab eo opere damnum metuamus. Indicatur hæc distinctio in *L. 1. §. nuntiamus*, *D. eod.* Ut igitur in his propositum est & metus nuntiantis: ita esse debet cautio, quo ei satisfiat. Proinde de iure operis habendi contendenti cavebitur de opere restituendo. *L. stipulatio*, in pr. & §. 1. *D. eod.* de damno operis laboranti cavebitur damni infecti, *d. L. 1. §. nuntiamus*. Stipulatio damni infecti quæ sit, & quid contineat, ad proximum remedium pertinet. Ibi dicetur. Cautio autem de opere restituendo ea est stipulatio, quæ propria est operis novi nuntiationis, non sane quod non hic quoque locum habeat stipulatio de damno infecto; habet enim, ut dixi: sed quia illa communis est, & ad alias etiam caussas pertinet: quæ autem est de opere restituendo, demum propria est operis novi nuntiationis, *d. L. stipulatio* in pr. Est autem hæc stipulatio huiusmodi, atque hanc promissionem continet. Stipulanti ei qui opus novum nuntiavit, is cui nuntiatum est, promittit, si opus factum erit sive a se, sive ab herede suo, & iudicatum erit, non iure opus factum esse, aut res ab his non defendetur, se heredemve suum quod operis novi factum erit, boni viri arbitratu restituturum: & præterea in ea re tota dolum malum a se heredeque suo absuturum esse.

XXIV. Quod ut de tota stipulatione recte dici intelligatur, partes observandæ sunt, quæ si sigillatim probabuntur, definitionem confirmabunt. Habet igitur hæc stipulatio personas, conditiones certas, & rem certam quæ promittitur. Personæ hæ: qui nuntiat, & is cui nuntiatur. Sed qui nuntiat solus, hic sibi stipulatur, non heredi; quia eius morte finitur operis novi nuntiatio. Is autem cui nuntiatur, ita de se promittit, ut heredis etiam personam complectatur, ne quid ab eo fiat. Unde placet eius morte cui opus novum nun-

19) Sed huic iuris aliquantum derogavit & satisdationem imminuit *L. un C. hoc tit* ex qua non aliter admittitur, quam si per tres menses qui nunciavit de iure suo non docuerit. Nec ante eorum lapsum impune ædificat qui satisdedit. Duar. *h. t.* C. 6. & add. *L.* 5. §. 17. Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 34. *&* 2. *seqq.* P. Greg. 4. *Synt.* 31. *n.* 3. Tessaur. *Decis.* 204. Gail. 1. *Obs.* 16. *n.* 17. Bernh. Grævæ. *Concl. Pract.* C. 16. *n.* 18. *& seqq.* Ant. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 15. *n.* 29. *& seq.* Fachin. 8. *Contr.* 48.

nuntiatum est, non exstingui operis novi nuntiationem. Hoc in *L. non solum*, *§. vult*, *D. eod.* Conditiones hæ sunt, sive res iudicetur, sive non defendatur. *L. stipulatio*, *§. habet*, *§. sive*. Res, id est eum qui nuntiavit, ius prohibendi habuisse, eum autem cui nuntiatum est, non habuisse ius ædificandi. De eo enim fuit controversia, nec debuit adversarius quidquam promittere de restituendo opere, si declaratus erit iure ædificasse. Res promissa est operis restitutio: item dolum malum abesse abfuturumque esse. Indicantur hæ præstationes in *d. L. stipulatio*, *§. 1.* & *§. habet*, *eod.* Restituere opus factum est quod ædificaris, destruere, quod destruxeris in eumdem statum reponere. *L. prætor*, in pr. *D. eod.* Quid si ex hac stipulatione iudicatus promissor non restituat? Conveniebat communi iuri de faciendi obligationibus constituto, ut condemnatio fieret in pecuniam numeratam, id est in id quod actoris interest, atque hoc præstando liberaretur promissor. Id enim ius in hoc genere servatur. *L. si quis ab alio*. *§. ult.* *D. de re iud.* *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* Sed in hac specie operis contra nuntiationem facti etiam ex stipulatione sequimur regulam iuris. Sed placet, ut promissor qui non restituit, tantam quidem pecuniam det, ac tanti condemnetur, quanti ea res erit: verum hac conditione, si hoc petitori placuerit. *L. ex operis*. *L. stipulatio*, *§. pen.* *D. eod.* ut intelligamus, si prius ei placet, pecuniam eum petere posse, & in eam quantitatem stipulationem committi. *d. L. ex operis*. Si non placet omnimodo manu & vi prætoria opus restituendum. Hoc ideo, quia in hac restitutione versatur auctoritas magistratus: quoniam quod fit post nuntiationem, fit adversus interdictum prætoris, ut est in *d. L. prætor*, in fin. pr. *D. eod.* Ex hoc iure stipulatio pro arbitrio nuntiantis ita concipi potest, ut aut stipuletur tantum rem restitui; aut disiunctim rem restitui, vel quanti stipulatoris interest, si ille hoc maluerit. *L. stipulatio*, *§. ult.* *D. eod.* Unde si pluribus nuntiatum sit novum opus; is qui nuntiat, satis habet ab uno tantum id sibi cavere; quia restitutio operis pro parte fieri non potest. Quod si plures nuntient, & de eo quod interest velint singuli sibi cautum; adiicere debent, ut tantum præstetur, quanti uniuscuiusque interstit, si hoc maluerint. In quo non continetur, nisi pars æstimationis, quæ ad quemque pro parte sua cedere debet. Idem est, etsi unus stipulatus sit, quanti ea res erit. Nam & hæc verba ad operis quantitatem idest æstimationem referuntur. Hæc in *d. L. stipulatio*, *§. ult.* *eod.* Non tamen de toto opere restituendo cavetur hac stipulatione, sed de opere quod novum factum erit post nuntiationem. Unde quæritur, quod intelligatur opus factum esse: de quo in *L. stipulatio*, *§. opus*, *D. eod.* tum ad probationem operis postea facti quomodo discerni possit vetus a novo, ut novum restituatur: quorum de utroque mox in commune opportunius dicetur, quando & eadem restitutio incidit opere adversus contemptam nuntiationem facto: de quo paulo post.

XXV. Habet autem hæc stipulatio interdum diem hoc modo: si intra certam diem promissor iudicatus erit ius ædificandi non habuisse, aut si intra eam diem res ab eo non defendetur. Hoc die interposito monemur in *L. cum procurator*, *§. 1.* *D. eod.* semper intra eam diem committi stipulationem, idest incipere ex ea stipulatione agi posse, si intra eam diem conditio extiterit. *§. sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Nec obstare, si intra eam diem dominus opus novum iterum nuntiaverit: quia quandiu stipulatio teneret, ea nuntiatio ad inhibendum opus esset inutilis. Cæterum præterita ea die stipulationem non committi placet, quanvis dominus iterum nuntiet: scilicet quia tum conditio defecerit. Hæc eius loci alioqui obscuri sententia est.

XXVI. Mutatione dominii nuntiantis etiam sua sponte finitur extinguiturque nuntiatio, sive is moritur, sive vivus alienavit id propter quod opus novum nuntiabat: *quia his modis*, inquit Paulus, [20] *finitur ius prohibendi*. Hoc in *L. non solum*, *§. vult*, *D. eod.* Recte: nam si quis ideo nuntiat, quod dicat in suo ædificari: re alienata nuntiandi caussam amittit, quia desinit res eius esse. Si ideo nuntiat, quia vicinus ædificet quidem io suo, sed con-

20) Morte eius qui nunciavit, quia finitur ius prohibendi, cuius conservandi caussa nunciatio facta; alienatione, qui interesse desinit; Petr. Gregor. 4. *Synt.* 31. *n* 6. Obiic. Obligatio transit ad heredes. Resp. Duar. *ad d. L.* 8. §. *pen.* Nunciatio facti tantum, nec quid commune ei cum obligatione Obiic. Iudicii instantia transit ad heredem *L. si cum* 33 *de fidei. Cap. quia extra de iudic.* Resp. Hic tantum est præparatio iudicii futuri. Duar. *d. lo.* Sed hæc ita, si res integra ac nuda adhuc nunciatio. Quod si spreta nunciatione vivo defuncto opus factum, interdictum, quod defuncto competere cœpit, etiam heredi datur. Duar. *d. lo.* Non autem exstinguitur nunciatio morte eius, cui nunciatum est *d. L.* 8. §. *ult.* quia ex huius parte realis est, ideoque ad heredem transit, ex parte nunciantis personalis. P. Greg. 4. *Synt.* 31. *n.* 8.

contra debitam nuntianti servitutem: etiam hic prædio cui servitus debebatur, alienato, nuntiandi caussa finitur, quia ea alienatione amittitur nuntianti servitus, quæ fundum alienatum sequitur. Morte nuntiantis idem efficitur, cum res cuius caussa opus novum nuntiatum erat, morte nuntiantis ad alios possessores transeat.

XXVII. Atque hæc sunt, quæ operis novi nuntiationem aut iam a principio inutilem, aut eventu irritam faciunt, quorum si quid acciderit, licet ædificare impune, & nuntiationem contemnere. Sic tamen, ut recte moneamur in *L. sciendum*, *D. eod.* ei cui denegata est exsecutio novi operis, idest cuius nuntiatio effectum & exsecutionem suam non habuit, quod fit superioribus remissionibus, & dominii mutatione, nihilominus integras legitimas actiones manere; sicut in iis quoque caussis manet, in quibus ab initio operis novi nuntiationem prætor denegat. Actiones legitimæ quæ sine novi operis nuntiatione competunt ad opus inhibendum, sunt in nostro rei nostræ vindicatio; item interdictum uti possidetis; in alieno servitutis vindicatio si quis adversus servitutem quæ ædibus nostris debetur, in suo ædificet. *L. qui viam*, *D. eod.* In locis publicis, sacris, religiosis si quid in his fiat, qun nobis noceatur, interdicta his de rebus proposita.

XXVIII. Quod si cum ab initio recte constituta esset nuntiatio, neque postea remissa erit quibus modis remitti solet, & is qui nuntiavit, idem dominus erit, qui prius: vis nuntiationis hæc est edicto cauta, ne quid post nuntiationem novi operis fiat; si quid factum erit, ut restituatur, sive iure factum erit, sive iniuria. Indicatur hæc vis in *L. prætor*, 20. in pr, §. *ait*, *L. stipulatio*, 21. §. 1 *L. non solum*, 8. §. *sciendum*, *L.* 1. in pr. *D. eod.* In quam restitutionem [21] interdictum propositum est a prætore, quod exstat in *d. L. prætor*, in pr. *D. eod* quod, ut sæpe monuimus, nihil aliud est, quam actio eius restitutionis obtinendæ caussa. Cui detur, adversus quos, qua de re, quave conditione, paucis indicandum est. Tum vis nuntiationis erit cognita.

XXIX. Competit hoc interdictum nuntianti tanquam qui maleficio læsus sit. Cuius maleficii satis idonea probatio ex edicto habetur, quod factum sit adversus nuntiationem. Vel potius ob contemptam nuntiationem & imperium prætoris, eius rei quæstio omittitur. *L. prætor*, *§. hoc interdictum*, *D. eod.* Et ut nuntianti competit, ita soli, heredique eius. Unde si plures sint domini eius prædii, cui opus novum noceat; placet unius nuntiationem non sufficere, sed singulos necesse habere nuntiare. *L. de pupillo*, *§. si plurium dominorum*, *D. eod.* Non alia de caussa omnino, quam quod si unus tantum nuntiaverit, & contra nuntiationem opus factum sit, etsi competit interdictum de toto opere restituendo, quod pro parte restitui non potest; *L.* 4 *§. ult. D. de verb. obl.* tamen competit solum nuntianti; cæteris non competit, quia non nuntiarunt.

XXX. Competit adversus eum, qui opus novum fecit, quive in ea caussa est, ut pro faciente haberi debeat; puta, qui mandavit, aut quod eius nomine factum est, ratum habuit. *d. L. prætor*, *§. hoc interdictum*, *D. eod.* Quod quidem dubitationem non habet, si idem fecit, aut ratum habuit, cui ipsi opus novum nuntiatum erat. Fecit enim dolo malo, qui sciens prudens contempsit nuntiationem. At quid si uni opus novum nuntiatum est, & re alienata novus dominus ædificavit? Placet & novum dominum, quia contra nuntiationem fecit, hoc interdicto teneri, quanvis de nuntiatione nihil cognoverit. Finge eum cui opus in suo instituenti opus novum nuntiatum erat, id prædium vendidisse; emptorem ignorantem perrexisse, ac perfecisse opus inchoatum; placet emptorem, qui fecit, non dominum priorem qui nihil fecit, [22] teneri. Nec obstat, quod huic nuntiatum non est, & ignorans nihil dolo malo fecit, nihil deliquit. *Nuntiatio* enim, inquit Iavolenus, *operi fit*, *non personæ*. Hoc in *L. ult. D. eod.* idest nuntiatione novi operis non obligatur persona possessoris; sed res, in qua opus instituitur, ac propter rem etiam possessores, qui contra nuntiationem fecerint; ut sit hæc obligatio quæ adversus emptorem ignorantem non ex persona eius nascatur; sed ex re eius; res autem ob damnum futurum possessorem obliget ad opus inhibendum, adversus quod operis novi nuntiatio processerit. Sed ut qui contra nuntiationem opus novum fecerunt, tenentur omnes; ita tenentur soli. Usque adeo, ut non competat hoc interdictum adver-

21) Cui licet multa communia cum Interdicto Quod vi aut clam, discrepat tamen. Duar. *ad L.* 1. *vr. h. t.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 22. 4. differentias recensens. Nam In erdictum Quod vi, habet locum etiam pro re communi, datur fructuario, item habenti rusticam servitutem, & colono vel inquilino. Quorum nullum convenit huic Interdicto.

22) Scilicet ad id ut patiatur opus destrui, non vero ut impensas demolitionis præstet, ne obstet *L.* 3. §. 3. *in fin. de usufr. mod. amit. ea.* Pac. 3. Q. 12.

adversus eum dominum cui opus novum nuntiatum est, si ipse nihil fecerit. Exemplo est in superiore specie venditor prædii, cui opus novum nuntiatum esse proposuimus, quem negavimus teneri, si prius quam opus fieret, prædium vendiderit, quanvis emptor ædificaverit postea. *d. L. ult. D. eod.* Hinc etiam responsum de eo opere, quod fit in re plurium dominorum communi. Hic sive omnibus dominis nuntietur, sive uni tantum, diximus recte factam nuntiationem omnibusque dominis videri nuntiatum. Placet tamen si unus ædificaverit non mandantibus neque ratum habentibus cæteris, solum teneri qui fecit; cæteros non teneri. Hoc in *L. de pupillo, §. si plurium res, D. eod.* congruit *L. ædibus, D. eod.* Idque usque adeo verum est, ut quanvis quis contra nuntiationem ædificaverit, mortuo eo placeat heredem eius hoc interdicto de restituendo opere non teneri, qui modo in ea nihil dolo malo fecerit: hac ratione, quod in restituendo eiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, pœna versetur: heres autem in pœnam non succedat: tantum heredem patientiam destruendi operis, [23] præstare debere. Hoc in *L. pen. D. eod.* Sed & hoc amplius, si quid ad eum ex ea caussa pervenerit, in eamque aut interdictum, aut actionem in factum, ut nonnulli olim malebant, competere. *L. prætor, §. hoc interdictum*, in fin. *D. eod.* Nunc solum actio in factum loco interdicti ex constitutionibus. *L. pen. L. ul. C. de interd.*

XXXI. Est hoc interdictum ad restitutionem operis facti. Restitutionem quam hic intelligamus, ante diximus. Petitur autem restitutio non cuiusvis operis, sed operis novi facti post nuntiationem, quæ ante non sit remissa, aut aliter finita. *Opus factum*, inquit Ulpianus, *accipimus, non si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis, & quasi facies quædam facta operis*. L. stipulatio, 21. §. *opus, D. eod.* Novum quod exigimus, significat, si quod ante nuntiationem factum sit, deinde post novum additum, solum novum restitui debere, vetus manere. Hinc quæstum, quod & ad hoc interdictum & supra scriptam stipulationem pertineat, quomodo probet actor aliquod opus factum esse post nuntiationem. Nam cum dicat factum; probare debet iuxta regulas iuris. *L. 2. D. de prob. L. actor, C. eod.* Non id nunc in hac parte quæreretur, nisi ad cautionem & præmunitionem nuntiantis, quam is in nuntiando iam a principio adhibere deberet, pertineret. Est enim alioqui aliena hoc loco quæstio de probatione, si hæc tantum per se spectetur. Sed ad eam cautionem pertinet, quam dixi. Et res probatu facilis est, nec ullam cautionem desiderat, cum opus nunc primum instituitur in eo loco, in quo ante nullum fuit. Facile enim testes adhibiti videre & testari possunt nihil ibi antea operis fuisse. Quod cum dixerint; satis intelligetur quidquid operis in eo loco postea reperietur, omne novum esse, ac proinde totum quod ibi ædificatum erit, restitui debere. Tum res habet difficultatem probationis, nisi cautione nuntiantis occurritur, cum ibi nuntiatur novum opus, ubi iam ante opus inchoatum erat, & quæritur quid deinde fuerit inductum, quando id solum restitui debet. Nam hic ne testes quidem oculatissimi facile pro testimonio dicere possunt, quidnam id aut quantum sit, propter difficilem veteris & novi operis descriptionem, quoniam in eo facile & memoria & aspectu rei falli possunt. Quare quod proprium sit huius nuntiationis, consilium hoc casu datur nuntianti, quo se ea difficultate expediat: curet scilicet, cum sit nuntiatio, id opus quod iam factum erat, in testationem idest in descriptionem testatam referri; ad eam rem sumat modulos, idest formas inchoati operis. Sic enim futurum ut his collatis cum eo quod nunc est, cum de eo restituendo agitur, appareat, quid postea factum sit, ac tantum restituatur. Hoc in *L. non solum, §. 1. §. pen. D. eod.* Et quoniam nemo dominus operis facile patitur modulos sumi in re sua, & vis facienda non est, placet a magistratu impetrandum, ut illi moduli sumantur, & conferantur; quod ille decernere solet. *d. L. non solum, §. pen.*

[23]) Sed Pet. Greg. 4. *Synt.* 30. *n.* 1. ab heredibus quoque impensas præstandas vult si possideant, nisi ædificatum sit invito defuncto. Idemque ex *L.* 16. §. *ult. Quod vi aut clam*, sic distinguit. Qui fecit & possidet, patientiam & impensas; qui fecit nec possidet, impensas; qui possidet nec fecit, patientiam tantum destructionis præstat.

C A P. XLVII.

De damno infecto,

Rerum nexus & continuatio, Quod cavendi, seu farciendi damni remedium. I.
Tractationis methodus & partitio. II.
Petitio cautionis de futuro damno instar actionis obtinet. III.
Stipulatio damni infecti præstanda de eo quod ædium, loci, vel operis vitio futurum est. Quid de publico opere. IV.
Petitio stipulationis competit omnibus qui damnum metuunt, si hi qui suo nomine petunt iurent de calumnia; qui alieno, caveant præterea de rato. V.
Nisi tamen qui ea stipulatione indignus habeatur; Et qui sit tertis. VI.
Item alia ratione possit illi damnum farciri; & qui sint eiusmodi. VII.
Adversus quos petitio competat: & quæ hic distinctio facti operis ab inchoato. VIII.
Stipulatio infecti damni habet insecuti damni præstationem. IX.
Qui in suo ædificat, cavet de vitio loci atque operis: qui in alieno de vitio operis dumtaxat. X.
Singulares successores infecti damni stipulatione non obligari, nisi quatenus promissor se heredemve suum pro illorum facto obliget. XI.
Adiectus ex conventione dies infecti damni stipulationi servandus: secus edicto prætoris statutus, aut iudicis arbitrio retinendus. XII.
Qui illius arbitrii modus. Exponitur L. in caussæ, 14. D. de damn. inf. XIII.
Cautionis nomine solam interdum sufficere repromissionem; desiderari interdum satisdationem. Qui uno caveant, aut altero modo. XIV.
Cum ambigitur an is dominus, a quo cautio exigitur, satisdare sub exceptione iubetur. Inter duos eligit actor a quo caveri sibi velit. XV.
Denegatæ cautionis pœna triplex 1. Missio in possessionem. XVI.
Quibus, & adversus quos, & cui bono detur. An in totas ædes aut vitiosam partem dumtaxat fiat immissio. XVII.
2. Rei possessio ex iusta caussa. Caussa duplex, utraque exponitur. XVIII.
Possidere iussus, si in eum a domino venerit possessio, rei dominus efficitur statim; *secus per longam rei possessionem.* XIX.
Item iustæ possessionis iura nanciscitur. Quo illa & quæ. XX.
Tamen in rem possessam non aliud ius obtinet, quam quod ille habuit, a quo translata possessio. XXI.
Prætoris iussus, quo quis iubetur possidere secundum decretum appellatur; & quare non tertium. XXII.
Actio damni infecti datur adversus illum, qui nec cavit, nec esse in possessione, aut possidere passus est eum cui cavere debuit. XXIII.
An vicini damnum farciri debeat, si ædes, antequam ille in possessione fuerit corruant: & quæ hic rerum habenda distinctio, XXIV.
Stipulatio damni infecti committitur, si damnum vitio operis, ædium vel loci datum sit. Vitium quale sit explicatur. XXV.
Item si datum intra diem stipulatione comprehensam; & quando datum ita fuisse intelligatur. XXVI.
Præstatio damni ex commissa stipulatione. In damno quid sit; quomodo præstandum; & quæ illius æstimatio. XXVII. XXVIII. XXIX.
Stipulatori actio competit; datur adversus promissorem. Cum hinc aut illinc plures sunt, quisque agit aut convenitur pro dominica parte. XXX.
Magistratui municipali delegat prætor cautionem & possessionem; cætera suæ iurisdictioni reservat. Quæ utriusque ratio. XXXI.

I. SI iam opus factum erit, ut nullo modo inhiberi possit operis novi nuntiatione: aut ita nondum factum, ut quominus iure habeatur ab eo qui fecit, eadem nuntiatione prohiberi non possit: quale est, si quis quid ædificat in suo sine metu ullius impositæ servitutis: & tamen ab eo opere damnum metuimus: eius damni seu arcendi seu farciendi caussa una hæc ratio est communis, si rebus integris & damno nondum facto stipulemur ab eo, ad quem ea res pertinet, damni infecti nomi-

nomine, id scilicet si quod inciderit, nobis præstitum iri. Hac stipulatione non interposita, si vicini ædes ruinosæ in nostras ceciderint, & damnum dederint; nulla de eo damno nobis adversus vicinum competit actio, ut antea quoque monuimus; adeo ut placeat, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat: utrumque tamen ita, si modo paratus sit ruderibus, & reliquo operi vitioso cedere: & hactenus adversus eum actionem esse placet. *L. evenit*, 6. *L. prætor*. 7. §. 1. §. *ult.* in fin. *L.* 8. *L. hoc amplius*, 9. in pr. *D. de dam. inf.* Sane si dominus ea quæ ceciderunt, repetat, nobis adversus eum exceptio est per retentionem, qua hoc consequimur, ut ne aliter illi auferendi ius sit, quam si omnia etiam quæ inutilia essent, auferret: nec solum de futuro damno, qood dari possit in his rebus auferendis, sed etiam de præterito caveret, si quid forte nostrum ante deiecisset, ut ædes, aut corrupisset, ut vineas, arbores, segetes, fontem, puteum. *d. L. prætor*, §. *ult.* Eademque ratio est, si quid de alieno importatum sit in nostrum vi fluminis; aut si ex fundo vicini crusta lapsa sit in meum fundum, ut pluviis & collectis imbribus contingere potest a superioribus locis in inferiora: & dominus sua repetat. *d. L. hoc amplius*, §. 1. §. *Alfenus*, §. *Neratius*, *D. eod.* Interposita autem superiore stipulatione, certo iure de damno stipulanti cautum est. Constat enim ex stipulatione iure civili esse actionem. §. *de constituta*, *Inst. de act.*

II. Et si quidem ab eo, a cuius ædibus aut opere damnum metuimus, hæc cautio semper obtineretur sponte, quæstio esset sublata. Sed quoniam nobis res est cum invitis, qui postulantibus nobis non statim nec sponte caveant; si hoc remedio damnum metuenti consultum plane esse volumus, curandum fuit, ut hanc cautionem ab invito obtinere liceret. De quo & ius constitutum est edicto prætoris, idque ius est, quod explicatur sub *Tit. de damno infecto*, *D.* Id quas partes habeat, ita facile & statim intelligemus. Ut stipulationem istam ab invito obtinere liceat, tribus in rebus positum est. Primum ut sit nobis adversus vicinum constituta iure petitio, qua ab eo per magistratum petere, & impetrare possimus, ut stipulantibus nobis de damno caveat. Proximum est, ut sit ea stipulatio, qua de eo damno recte cautum sit. Tertium, ut si iussus a prætore stipulantibus nobis de damno promittere, non pareat, sit idonea aliqua pœna constituta, cuius metu cogatur vicinus parere, aut si non moveatur eo, nihilominus nobis in ea re recte consulatur. Et totidem capita sunt huius cautionis obtinendæ caussa cauta edicto prætoris de hoc genere, quod edictum exstat in *L. prætor*, 7. in pr. *D. eod.* estque eius edicti hoc argumentum & summa. Quod si vicinus metu superioris pœnæ adducetur, ut caveat de damno futuro, ut volumus: tum deinde de vi & effectu stipulationis quæreodum est, cum aliquid damni contigerit, quod inde nobis præstitum velimus. Quæ si iam in unum colligentur, efficietur huius iuris hæc summa, ut quatuor sint loci, quibus omnis hæc de damno infecto quæstio & tractatio continetur. Petitio & postulatio damni infecti stipulationis an & qualis sit constituta: Genus cautionis quod hic petitur, quod & quale: Denegatæ huius cautionis quæ sit pœna, qua petenti recte consulatur: Postremo admissæ ad cautionem stipulationis quæ vis & effectus. De quibus eodem ordine breviter dicemus.

III. Prima ergo obtinendæ superioris cautionis ratio est, si sit nobis petitio ad eam cautionem impetrandam adversus invitos constituta. Et est constituta statim in principio edicti, qua parte 1) prætor pollicetur, se eum a quo hæc cautio desiderabitur, iussurum damni infecti promittere, vel satisdare ei, qui iuraverit se non calumniæ caussa id postulare. Hac petitione ita constituta, cœpit intelligi postulationem huius generis stipulationis esse actionem. Id enim est, quod traditur in *L. actionis*, *D. de obl. & act.* stipulationes etiam prætorias actionis verbo contineri. *quia instar actionum obtinent.* Ubi per stipulationes prætorias ipsarum petitionem intelligere debemus [...]. Nam ipsæ stipulationes sunt res, quæ petuntur. Nemo autem ignorat aliud esse rem quæ petitur, & aliud eius rei petitionem, seu eius rei petendæ ius. Sed petitionis effectus est stipulatio, quia hanc per eiusmodi petitionem consequimur. Hinc verbo stipulationis, huius caussam efficientem, id est huius petitionem & persecutionem intelligimus, & ita passim vete-

1) Postulanda enim est cautio a prætore pro tribunali, adversario præsente vel vocato. Nic. Valla *de reb. dub. Tr.* 8. *n.* 6. Quæ postulatio instar actionis, quia in iure peti eam necesse est. Unde & dari dicitur a prætore *L.* 15. §. 28. *hoc ti.* Et vocatur actio *L. inquilino* 33. *hoc tit. L.* 3. § 2. *L.* 11. §. 3. *de aq. pl. arc.* Eamque postulans experiri dicitur *L.* 43 *pr. hoc tit.* ut & qui satis accipit, Cuiac. 9. *ad Afric.* in *L.* 44. *hoc tit.*

veteres usurpant. Unde illud; *damni infecti stipulatio competit*, pro damni infecti stipulationis petendæ ius competit. *L. damni*, 18. in pr. *D. de dam. inf.* Recte vero hæc petitio, seu huius stipulationis petendæ ius dicitur actionis verbo contineri, actionis instar obtinere. Nam actio est ius omne persequendi iudicio quod sibi debetur. *Inst. de act.* in pr. Eiusmodi persecutio est in postulatione huius cautionis. Est enim hic ius hanc cautionem persequendi; non quidem pleno iudicio, uti iudicia ordinaria dicuntur, quæ iudicis condemnationem aut absolutionem habent: sed tamen vi & effectu consimili, nempe per magistratum idque caussa cognita; in qua etiam est hic exitus, ut iubeatur adversarius præstare, quod petitur: solum hoc interest, quod illo recusante, non fit condemnatio in pecuniam numeratam, sed alia pœna adhibetur: mittitur enim petitor in possessionem rei vitiosæ: de quo postea dicetur. Atqui hæc pœna condemnationis vicem obtinet. Quid enim refert ad vim petitionis, quo modo quod petis, obtineas? Sed & hic persequimur rem nobis debitam. Postquam enim petitio constituta est, qua hanc cautionem ab invitis exigamus, recte dixerimus ipsam cautionem nobis deberi: si quidem debitor is est, a quo invito quid exigi potest, *L. debitor*, *D. de verb. signif.* At enim vicinus neque contraxit nobiscum de ea re, neque quasi contraxit, & multo minus hic quidquam peccatum est, quamobrem eum de damno cavere oporteret. Unde igitur huius debiti obligatio: aut potius quæ huius debiti obligatio potest intelligi, cum diximus omnem obligationem nasci ex superioribus caussis? Meminerimus vicinum a quo nobis hæc stipulatio debetur, non debere, obligatumve esse ex sua persona; sed obligationem ei nasci ex re sua: in quo genere superiores caussæ obligationis locum non habent. Est autem hæc conditio rerum nostrarum, ut nos de damno a se dato onerent, nisi malimus his rebus cedere, aut rebus integris de damno cavere, *d. L. prætor*, §. 1. *D. eod.*

IV. Hac actione constituta, quærendum est, quod est proprium omnis actionis, qua de re sit constituta huius stipulationis petitio, tum quibus competat, & adversus quos. Stipulatio est de damno infecto, ut est in principio edicti. Damnum est omnis deminutio patrimonii nostri. *L. 3. D. eod.* & de hac deminutione [2] est hæc stipulatio. *Damnum infectum est, damnum nondum factum, quod futurum* [3] *veremur*. *L. 2. D. eod.* Et de hoc hæc stipulatio, & petitio constituta est: de præterito quod inciderit nulla interposita cautione, non est [4] constituta, ut initio diximus. *d. L. evenit*. *L. prætor*, §. 1. §. *ult. D. eod.* Sed an de omni damno, quodcunque & ex quocumque opere aut re aliena metuimus? Plane de omni damno, quodcunque timeamus ab alienis rebus. Id damnum metui potest aut ab ædibus ruinosis, aut ab opere aliquo, aut ab agro & arboribus caducis. Quodcumque id damnum erit, & a quibuscunque rebus, hæc petitio locum habet. De quo utilis definitio tenenda est, quæ exstat in *L. eorum*, 19. §. *ult. D. eod.* in hæc verba: *sive ædium vitio, sive operis, quod vel in ædibus, vel in loco urbano, aut rustico, privato, publicove fiat, damni aliquid futurum sit; curat prætor, ut timenti damnum caveatur*. Itaque quanvis in mari & litore publico ædificare cuivis liceat: quanvis liceat in fluminibus & viis publicis, quod sine incommodo cuiusquam fiat, ita ut tanquam id non liceat, non possit opus nuntiatione novi operis inhiberi; tamen de eo omni opere recte petimus nobis caveri ab eo qui instituit id opus, aut iam ibi constitutum habet. *L. fluminum*, in pr. *D. eod. L.* 1. §. *nuntiamus* in fin. *D. de op. nov. nunt.* Sic etsi viam iterve aut aquæductum, fontemve aquæ hauriendæ caussa, si quando harum rerum servitutes nobis debentur, iure nostro in alieno reficere licet: hactenus tamen licet, dum adversario damni infe-

2) Vid. Gœd. *ad L.* 81. *de V. S. n.* 3.

3) Quod contingere speratur, ait Ulp. *L.* 13. §. *ult. in fin. hoc tit.* id est metuitur. Sic sperare pro timere in *L.* 3. §. 6. *Si cui plus quam per L. Falc. L.* 66. *de R. V. L.* 61. *de contr. empt.* Sicuti

Virg. IV. Æneid.
Hunc ego si potui tantum sperare dolorem

Et I. Æneid.
At sperate Deos memores fandi atque nefandi.

Iuven. Sat. IV.
. . . . . *Iam quartanam sperantibus ægris*,

licet aliter exponat Ptole. Flav. *Coniect. C.* 17. & Marc. *Lib.* 14. sperare inediam. Et Gr. *ἐλπίδα* pro cuiusvis eventus, etiam sinistri, exspectatione usurparunt; vid. A. Gent. *Lect. Virg. C.* 6. *p.* 55. & *seq.* Rad. Forn. 3. *Rer. quotid.* 15. Iac. Nic. 2. *Miss. epist.* 23. Contra *timebamus* pro *sperabamus*, videtur posuisse Cic. 6. *Ep. fam.* 11. de quo Henr. Steph. *Li.* 2. *Schediasm.* 21. Naturalis etiam quædam spei ac metus coniunctio est. Et tum metuentis animus spe aliqua sublevatur, Muret. 12. *var. Lect.* 6. tum sperantis semper quadam formidine debilitatur, Ioach. Camer. *QQ. promisc. Decur.* 3. *Q.* 6.

4) Ideoque necessitatis caussa introductum hoc remedium, Duar. *ad h. t. D. C.* 1. & 2. quod extraordinarium & subsidiarium, P. Greg. 4. *Synt.* 26. *n.* 3.

infecti, quod per eius operis vitium datum sit, caveatur. *L.* 3 *§. ait, D. de iti. act. pri. L.* 1. *§. ait, D. de aq. quot. & aest. L. damni*, 30. in pr. & fin. *D. de dam. inf.* Unum genus operis hic exceptum est, si publicus locus publice reficiatur: hic placet de damno infecto non esse cavendum, *L. si fistula, §. si quid in via*, in fin. *D. eod.* Si tamen de vitio operis damnum metuamus, hæc cautio est, ut eo nomine adeatur princeps, aut si aberit, præses provinciæ. *L. flu minum*, in pr. illic, *quid ergo si publice, D. eod.*

V. Competit hæc petitio omnibus, qui damnum ex ædibus, agro, aut opere aliquo alieno metuunt, quod & superior illa definitio ostendit: dummodo qui petit sibi caveri prius iuret se non calumniæ caussa id postulare. *L. qui bona*, 13. *§. qui damni, D. eod.* sumptum ex edicto. *L. prætor, eod.* aut si alieno nomine postulat, dum iuret eum cuius nomine agitur, non calumniæ caussa postulaturum fuisse, quod & edicto expressum est: & præterea caveat dominum rem ratam habiturum; quod est omnium procuratorum actoris. *L. inter quos*, 39. *L. pen. D. eod.* Si quis iurabit, non quærimus, utrum vicinas ædes suas ipse aut dominus eius habeat, an alienas in quibus sit ei aliquid iuris, quasve inhabitet, aut an habeat similia aliqua loca vicina, quibus ruina ædium aut loci, aut operis vicini nocere potest: sed generaliter quicunque loca vicina ita habebunt, sive domini sint eorum locorum, sive non sint, recte postulabunt sibi damni infecti caveri, recteque eorum nomine postulabitur. Ideo placet admitti ad hanc stipulationem vicinos omnes non tantum dominos, sed & inquilinos eorum, & inquilinorum uxores, item & si qui cum his morentur. *d. L. qui bona, §. qui damni.* Multoque magis superficiarium, fructuarium, ſ creditorem, qui pignoris iure ædes teneat, *d. L. qui bona, §. superficiarium, L. quid de*, 11. in fin. *D. eod.* Illud plane exigimus, ut res cui damnum timetur, sit in bonis eius qui cautionem desiderat, aut sit eius periculo, quales sunt superiores: quibus solis damni infecti stipulatio competit. *L. damni*, 18. in pr. *D. eod.* Cæterum si quis in meo aut animi, aut temporis caussa versetur, nullo iure, nulla necessitate obligationis coactus, puta si quis in meo deambulet, in meo lavet, vel in meam tabernam divertat, ei caveri non debet. *d. L. qui bona, §. qui damni, D. eod.* Recte. Est enim in eius potestate efficere sine damno suo, ne damnum timeat, puta recedendo.

VI. Sed etsi quis sit ex superioribus illis, qui iuste damnum metuat, hactenus tamen verum est eum ad hanc stipulationem admitti, nisi sit iusta caussa, cur postulanti stipulatio denegetur. Denegandi iustæ caussæ duæ sunt. Aut enim qui petit, indignus habetur ea stipulatione, aut alia ratione illi damnum sarciri potest, ut non sit ei stipulatio necessaria. Indigni hac stipulatione habiti duo. Primum is, qui aut iuxta monumentum ædificaverit, aut iuxta ædificium suum monumentum fieri passus est, sed de damno infecto postea eius monumenti nomine sibi caveri postulet. Negat Ulpianus ei cavendum, *quia rem*, inquit, *illicitam admiserit*, L. qui *bona, §. si quis iuxta, D. eod.* Ille, quia lex duodecim tabularum vetabat novum sepulcrum exstrui iuxta ædes alienas propius sexaginta pedes; Hic, quia hoc ipso e converso eadem lex vetabat monumentum fieri iuxta ædificium alienum propius totidem pedes. Id quod si contra legem, erit & illud, si quis monumentum ita ædificari passus sit, cum posset prohibere. Potuit autem, qui propius monumentum ædificanti opus novum nuntiare potuit. *L.* 3. *D. de mor. inf.* Meminit huius legis Cicero *Lib.* 2. *de legib.* Deinde & is indignus, quam ob rem & ei denegatur stipulatio, qui cum vitiosis ædibus cessisset, quia earum nomine de damno nollet cavere, postea a novo domino postulet earum ipsarum nomine sibi caveri propter alias proprias quas nunc haberet. Merito indignus, cum ut Iulianus ait, parum probe postulet ab eo caveri sibi earum ædium nomine, quarum ipse cavere supersedit. Hoc in *d. L. qui bona, §. si quis quia, D. eod.* ductum ex illa æquitate naturæ, quod quisque iuris in alium statuerit, ut ipse eodem iure utatur. *L.* 1. *D. quod quis iur.*

VII. Sed etsi quis non sit indignus, cui damni infecti nomine prospectum sit: tamen hanc stipulationem frustra desiderat, cui damnum alia ratione sarciri potest. *L. si ædibus* 32. in fin. *L. damni*, 18. *§. emptor*, illic, *& quod alia, D. eod.* Est enim

ſ) Non autem bonæ fidei emptori, *L.* 13. *§.* 9. quia non a domino caussam habet, ut fructuarius, superficiarius & creditor, Goth *ib.* & alia differentiæ ratio peti potest ex *L.* 44. *in fi. h. t.* Nec dicendum nude referri, in *d. §.* 9 Marcelli sententiam, quæ reprobetur in *d. §.* 12. ut vult A. Fab. 2. *Coniect.* 17. qui ideo verba *d. L.* 11. *id est creditori* interpretis esse scribunt, quæ & a quibusdam codicibus abesse monet Hal. ret. Duar. *hoc tit. Cap.* 2. qui tamen Florentinam lectionem præfert.

nim illi non necessaria; & iniquum est supervacua cautione adversarium onerari. *L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut leg. nom. cau.* In hoc numero hi sunt: Inquilinus ædes locatas vitiosas inhabitans, si postulet a locatore sibi caveri damni infecti nomine: habet enim actionem ex conducto, ut sibi recte frui liceat; aut si migrare vult, ne prohibeatur. *L. qui bona*, §. *de illo*, *L. inquilino*, 33. *D. eod.* Item fructuarius, & dominus proprietatis, si alter ab altero postulet sibi caveri de vitio ædium fructuariarum: ille, quia ipse reficiendi ius habet; hic, quia habet actionem ex stipulatione fructuaria, quia cogat eum reficere boni viri arbitratu. *d. L. damni*, 18. §. 1. *D. eod.* Aliter si quod opus ipsi in solo fructuario instituant. *L.* [6] *inter fructuarium*, *D. eod.* Item superficiarius, & dominus soli, si de vitio loci alter ab altero stipuletur: quia si quid inde damni est, habent invicem eo nomine actiones. *d. L. damni*, 18. §. *ei qui*, *D eod.* Item emptor ædium, si ante traditam sibi possessionem stipuletur damni infecti; habet enim actionem ex empto, qua id damnum consequatur a venditore suo, si is eam cautionem non exegerit, aut si exegerit, ut emptori actionem præstet. Hoc tamen ita, nisi venditor omne periculum custodiæ transtulerit in emptorem; puta, si aut ita convenerit, aut venditor absuturus permiserit emptori precario esse in ædibus, & ita custodiam ei tradiderit. *L. emptor*, 38. in pr. *L. damni*. 18. §. *emptor*, *D. eod.* Item socius, si proprias ædes vicinas habens communibus ruinosis, postulet a socio sibi caveri pro damno propriarum ædium, pro qua parte ille dominus est. Potest enim socius qui hoc petit, reficere communes ædes, recepturus postea pro parte quod impenderit, iudicio societatis aut communi dividundo. [7] *L. si ædibus*, 32. *D. eod.* Et hoc recte statuitur adversus eum socium, qui in re communi vitiosa nihil faciat. Qui si parietem communem demoliri volet & novum facere, aut parieti quid imponere, recte socius ab eo damni infecti stipulabitur, si is solus ædificat, & vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora ædificia habet, ut plus damni sensurus sit decidente pariete: alioquin si æquale periculum est, neuter alteri tenetur, quia quantum quis socio præstat, tantum ab eo consequitur. *L. inter quos*, 39. in pr. Interposita autem cautione a socio eo nomine, varie damnum æstimatur, prout is paries aut idoneus fuit, ut demoliri oporteret, aut non fuit idoneus, ut demoliri non esset necesse. Unde quæstio in hunc titulum inducta de iure demoliendi & reficiendi parietis, quæ tractatur in *L. in parietis*, 35. & 2. *LL.* seqq. *L. ex damni*, 40. §. *L. in reficiendo*, seq. *D. eod.* Sed cum pertineat quæstio ad vim & exsecutionem stipulationis, in eum locum differemus.

VIII. Adversus quos competat hæc stipulatio, hi sunt. Si de ædibus, aut opere aliquo iam constituto agitur, ab omnibus recte petitur hæc cautio, quorum in bonis ea res est, de qua agitur, qui modo eam rem possideant teneant suo iure, ut si opus est, possint stipulanti possidere iussu ea re cedere, ut est pœna edicti, de qua suo ordine. In hoc numero, dominus rei, bonæ fidei possessor, superficiarius, fructuarius, creditor, qui rem sibi pignori obligatam tenet: qui omnes notantur ordine his locis. *L. qui bona*, 13. in pr. & §. 1. *L. hoc amplius*, 9. §. *pen.* §. *ul.* *L.* 10. *L.* 11. *L. eorum*, 19. in pr. *D. eod.* Si agitur de opere quod instituitur, quodve ab eo cum quo agitur factum est; recte exigitur hæc cautio ab omnibus, qui opus faciunt, sive in suo faciant, sive in alieno. In suo, ut domini facientes id, unde vicinus iure damnum metuat. In alieno, ut superficiarius, si quid in solo conducto; fructuarius, si quid in solo fructuario; civis, si quid in loco publico, vicinus cui debetur servitus, si quid faciat viæ, itineris, aut aquæductus reficiendi caussa. De quibus & his locis scriptum legimus. *L. qui bona*, 13. §. 1. *d. L. hoc amplius*, §. *pen.* §. *ult.* *L. inter fructuarium*, 20 *L. luminum*, 24. in pr. *L. damni*, 30. in pr. *D. eod.*

IX. Constitutam esse iure petitione cautionis damni infecti, & inter quos constituta sit, tenemus. Sequitur genus cautionis, quod hic petere & impetrare a vicino liceat. Quo loco quæritur, quæ sit, ac quid continere debeat ea stipulatio; tum qualem eam esse oporteat, utrumne hic sufficiat nuda repromissio: an vero hic etiam satisdatio sit necessaria. Et stipulatio promissionem & cautionem habet de damno infecto. Quo statim admonemur semper omnem hanc stipulationem, a quibuscunque & quacunque de

re

6) Ille sibi ipsi præcavere potest reficiendo *L.* 7. *ult.* *L.* 64. *de Usuf.* huic alio remedio cautum, Cuiac. 24. *Obs.* 11.

7) Ubi inutilis stipulatio, pro non necessaria. Non enim hic sensus est, quod etsi cautum sit a volenti, stipulatio nequeat committi, ut Accurs. *ad L.* 43. §. 1. *h. t.* sed quod cavere non cogatur socius, eo quod cum alio remedio ac civili actione socio alteri consuli possit, frustra desideretur hoc subsidiarium remedium, recte A. Fab. 4. *Coniect.* 9.

re interponatur, hoc continere, ut qui cavet promittat, si quid ex ea re de qua agitur, damni contigerit, id se præstaturum. Hac enim stipulatione cavetur stipulanti de damno infecto, seu damni infecti, ut subaudiatur nomine. Unde & stipulatio passim dicta cautio damni infecti *L. hoc amplius*, 9. §. *ult. L. qui bona*, 13. §. *qui damni*, §. *ult. L. si finita*, 15. in pr. & alibi toto *Tit. D. eod.* Est autem cavere, cum de stipulatione id dicitur, aliquem de eo quod sibi præstari vult, stipulatione securum facere. Quod ita fit, si nos id præstaturos stipulanti promittamus. Agitur porro hic de damno futuro quod postea inciderit, farciendo. *L. prætor*, 7. §. 1. *D. eod.* Quare & de eo præstando hic promitti caverique intelligendum est. Sed hoc omnium stipulationum dandi commune est, sine quo nec damni, nec alterius cuiusquam rei præstandæ fit cautio. Sunt alia quædam huius cautionis propria, quæ adhiberi oporteat stipulationi; de quibus paucis cognoscendum est. Ea sunt genus damni certum, de quo cavetur; personæ quas stipulatione comprehendi oporteat; & dies adiectus promissioni.

X. Cautio est de damno, quod postea contigerit sed non de omni damno, verum de eo si quod ædium, loci, operisve vitio factum sit. Tot enim de rebus cavendum est: sed de his dumtaxat: eaque hæc stipulatio continere dicitur. *L. si finita*, 15. §. 1. vers. *si quid vitio L. fluminum*, 24. §. *ult.* §. 1. illic, *sed ut ne. D. eod.* Interdum tamen non de vitio loci, sed de operis tantum cavetur. *d. L. si finita* §. 1. *D. eod.* Quod quoniam fieri constat, quando accidat, videamus. Et recte definiemus, si quis quid in suo facit, aut de suo convenitur, debere eum cavere de omni damno, quodcunque vitio ædium, loci, operisve contigerit. Si quis autem ædificat in alieno, quo nomine damni infecti cavere debeat, hunc de operis, non etiam de loci vitio cavere cogendum. Prius ita se habere necesse est, si modo sint aliqui, qui & de vitio loci cavere debeant. Cum enim hi sint domini loci: qui potius loci damnum agnoscant, quam domini? *arg. in L. pignus, C. de pignor, act.* Esse autem, qui & de vitio loci cavere debeant, ante ostendimus. Sint ergo hi, qui sunt loci domini. Et hoc est, quod dicitur in *L. fluminum*, §. 3. illic, *sed ut ne*, *D. eod.* ut ne quod ædium, loci, operisve vitio damnum factum erit, stipulationem interponi de ea sine satisdatione. Nempe quia interponitur ab eo, qui convenitur de suo & suo nomine: a quo non exigitur satisdatio ex edicto, ut mox dicetur. De posteriore dubitari potest: nihil enim prohibet, quominus dicamus dominos & de vitio loci cavere debere, ut tamen verum sit cavere debere idem & alios. Num ergo omnes qui ædificant in alieno, de vitio loci cavere non coguntur? Dicendum est omnes. Id enim servari reperiemus, sive quis in publico ædificet, sive in privato alieno. De eo quod ædificatur in fluminibus publicis, viis publicis, & litoribus, ita scribit Ulpianus in *d. L. fluminum*, in pr. *in his igitur publice licet cuilibet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat*. Propter quod operis dumtaxat nomine cum satisdatione cavetur; de vitio loci nihil cavetur. Et addit rationem, quia & sine ullo opere locus ipse nociturus esset sui natura. De his qui in privato alieno opus suo iure faciunt, exemplo sunt, superficiarius, si quid in solo conducto; fructuarius si quid in solo fructuario ædificet. *L. damni*, 18. §. *ei qui*, *L. inter fructuarium*, *D. eod.* Item & qui pro iure servitutis sibi in alieno constitutæ aliquid operis facit aquæ ducendæ, viæ, itineris, aquæ ductus reficiendi caussa. *L. damni*, 30. in pr. & fin. *D. eod.* Est autem conceptio superior conveniens ædibus, & operibus urbanis. In agro si quod damnum a vicino agro aut arboribus caducis metuitur, sic concipitur stipulatio, ut rebus conveniat, hoc modo si quid arborum locive vitio acciderit, ut est in *L. fluminum*, §. *item apud*, *D. eod.* Nam & in superioribus agris, quales esse solent in montibus & collibus, partes extremæ pondere aut humore nimio fatiscentes vitium ut in ædibus facere possunt, ac decidere in inferiora loca: & de arboribus constat ita tempestatibus convelli posse, ut vicinis ruinam minentur.

XI. De personis quarum nomen in hac stipulatione adiicitur, videndum est quid Ulpianus sentiat in *d. L. fluminum*, §. 1. eod. *Adiicitur*, inquit, *in hac stipulatione & heredum nomen vel successorum, eorumque ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed & hi qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur*. Hoc ille. Finge eum qui stipulatur, ædes quibus damnum timet, aut eum qui promittit, ædes ruinosas quarum nomine cavit, vendere. Si verba superiora generaliter sequimur, dicendum est omnium illorum emptorem ut verbis superioribus, ita & hac stipulatione contineri. Quid ergo?

go? intelligemus eum, qui stipulatur damni infecti, stipulari posse damni infecti nomine non solum sibi & heredibus suis, verum etiam iis omnibus ad quos eam rem ipse, aut heredes transtulerint singularibus successoribus? item eum, qui promittit, non solum promittere se heredemve suum quod damnum factum erit, praestaturos, sed & singulares omnes successores extraneos, ad quos postea res ex iusta aliqua caussa pervenerit? Quod Bartolus & reliqui interpretes hic admiserunt, magno certe errore, quo suscepto & se & alios inexplicabili difficultate irretierunt. Reclamant regulae certi & explorati iuris. Cavere sibi quisque & heredibus suis potest; alteri extraneo nec heredi stipulari non potest. *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *D. de verb. obl.* Sic & promissor se heredemque suum daturum facturumve recte promittit: alium daturum facturumve, inutiliter. *L. inter*, in pr. *D. de verb. obl.* *§. versa vice*, *Inst. de inut. stip.* Et res ita habet. Hoc neque de singularibus successoribus stipulatoris, quibus ille stipuletur dari, neque de successoribus singularibus promissoris, quos ille promittat daturos, praestituros, intelligi ullo modo potest, repugnantibus manifestis regulis iuris: sed intelligendum est de singularibus successoribus promissoris, de quorum facto caveat, & quo nomine se heredemve suum obliget. Ut sit haec conceptio stipulationis: si quid damni contigerit vitio aedium, loci, operisve, quod a te aut heredibus tuis, aliisve successoribus quibuscumque factum erit, damnum praestare spondes? spondeo. Huius adiectionis vis haec est, ut teneatur promissor heredisve eius damni futuri nomine, non tantum si ipse fecerit, sed etsi successores omnes etiam qui in rei dominium successerint. Nam ut teneantur eo nomine privati emptores extranei, neque superioribus verbis efficitur, nec si verba obligationis in eos essent collata, iure effici potest. Id ita accipiendum intelligimus ex *ead. L. fluminum*, *§. quamquam*, *D. eod.* ubi Ulpianus ex proposita stipulatione, in qua prius dixerat mentionem successorum fieri, ait promissorem non teneri, si quid factum sit ab eo, quem prohibere promissor non potuit. Proinde si quid factum sit ab eo, quem prohibere potuit, hoc sentit eum contineri stipulatione ita, ut promissor eius quoque nomine teneatur. Potuit autem is prohibere successores suos ne facerent, in eos non transferendo rem de qua damni infecti cautum est. Quare merito dicit Ulpianus & hos stipulationi recte adiici, non quos obliget, sed quorum ex facto velit obligari.

XII. Habet praeterea stipulatio damni infecti diem: ut insit in ea & conditio natura stipulationis, & dies praetore ita ius constituente. Conditio illa certa est, si damnum contigerit. Dies hic est, si damnum contigerit intra eum diem, qui stipulatione comprehensus erit: expressum edicto: explicatur in *L. qui bona*, *§. ult.* & *LL.* 2. *seqq.* *D. eod.* Ac de eo ita placuit. Hic dies si adiicitur conventione contrahentium, bene est: conventio servanda est ex edicto de pactis. Nam etsi concepta esset stipulatio sine ullo die, ut placeret teneri promissorem, quandocunque damnum incideret; tamen placet conventionem esse servandam. *L. si finita*, in pr. *eod.* Sin inter litigatores de die non convenit, hanc diem statuit praetor, ut edicto cavet. Et eum quidem certum statuit de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fit; iubet enim de huiusmodi operibus quae fiunt publice, satisdari in annos decem. *L. praetor*, in pr. *L. si finita*, *§.* 1. *D. eod.* In caeteris rebus hunc diem cognitioni suae servavit, ut eum statueret pro rei qualitate alias longiorem, alias breviorem, idque caussa cognita, prout scilicet res quaeque postularet. Hoc praetor in edicto, *d. L. praetor*.

XIII. Id autem quomodo aestimandum sit, seu quid in ea caussae cognitione versetur, de eo scriptum est in *d. L. qui bona*, *§.* ult. *ipse igitur praetor*, inquit Ulpianus, *diem dabit stipulationi, aestimatione habita ex caussa, & ex qualitate eius damni, quod contingere speratur.* Adiicitur ex Paulo in *L. in caussae*, seq. *in caussae cognitione etiam longinquitas loci, & operis magnitudo spectanda est.* Quibus verbis quid significetur, quaesitum est, & sane parum perceptum non dico ab Accursio, sed & a Bartolo, & aliis interpretibus. Est autem haec sententia. Caussam Ulpianus vocat caussam periculi: rem omnem quae facit, ut citius aedes ruant, aut tardius. In quo genere sunt fissurae, & rimae parietum vitium facientium, item ventres qui in parietibus fatiscentibus protuberant, item vetustas operis, & forte aedes quae male materiatae sunt, aut male exstructae. Ad hanc quoque caussam periculi pertinet illa, quam dixi, *longinquitas soli, & magnitudo operis.* Id autem in his omnibus sic facile intelligi potest. Maius enim periculum ruinae est in maiore vitio aedium, quam in minore: maius a vetustis ruinosis aedibus, quam a no-

a novis, aut non ita vetustis. Maius à vicinis, quam a remotioribus, in quibus incertum est, an extremum ruinæ ad nos perventurum sit. Maius a magnis, quam a parvis. Ut enim paries vitium faciat; tamen in pari vitio facilius feret modica onera imposita, quam magna. Qualitas autem damni æstimatur ex iis ædibus aut locis, quibus damnum timetur. Maius enim damnum est, si sint pretiosæ ædes quam si non sint: maius damnum, si sint ædes infirmæ, quam si sint robustæ, & quæ possint resistere ruinæ. Quid ergo ex harum rerum æstimatione prætor de die statuet? Nempe in quibus maius periculum est ruinæ ex superioribus caussis, item in quibus maius damnum futurum, in his longiorem diem statuet, quo magis possit esse consultum vicino; in cæteris breviorem; uti res quæque & locus postulare videbitur. Huc enim pertinet, quod Ulpianus scribit in *L.* 1. *§. sed etsi quis*, *D. de Carb. edi.* magis consulendum esse his, quibus maius periculum intenditur. Nec moleste ferre debet is, qui cautionem petet, si putet breviorem diem sibi constitutum, quam ut possit damnum intra eum diem incidere. Nam etsi finita sit dies statuta in cautione; si videbitur adhuc periculum imminere, licet iterum a magistratu petere, ut denuo longiore die caveatur. Quod & ille statuet. *L. si finita*, in pr. *D. eod.* Et ut est in *L.* 4. in pr. *eod.* dies cautioni præstitutus si finietur, prætoris vel præsidis officium erit, ex caussa vel renovare, vel protelare eum: & si hoc localem exigit inquisitionem ad magistratus municipales hoc remittere. Die omisso si stipulatio fuerit interposita; si quidem ex conventione, dum id ageretur, ut promissor perpetuo de damno teneretur, iam dixi conventionem servandam, ut quandoque commissa fuerit stipulatio damno incidente, ex stipulatu agatur. Si vero per errorem, ita tenebitur perpetuo promissor secundum verba stipulationis, ut tamen finito eo die, in quem caveri solet, desiderare possit a prætore ut liberetur. Et vero liberabitur, nisi periculum postulet potius, ut longiore die iterum caveatur. Hoc in *d. L. si finita*, in pr. *D. eod.*

XIV. Iam qualem hanc cautionem esse oporteat, videamus. Et edicto ita cautum est, ut interdum sola repromissio sufficiat, interdum etiam desiderentur fideiussores ab eo, qui cavet, efficiaturque ea quam edictum vocat, satisdatio. Id enim est satisdare, ut sæpe diximus, cavere quid, fideiussoribus datis qui idem promittant. *L.* 1. *D. qui sat. cog.* De eo autem sic edicti verba sunt: *damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo.* Quæ verba non ad actorem, sed ad promissorem referri apparet. Itaque est hic sensus, si quis conveniatur suo nomine, ut & suo nomine caveat, eum tantum promittere necesse habere: sin conveniatur alieno, debere satisdare. Quis ergo suo nomine conveniri ac promittere intelligitur, ut tantum promittat; quis alieno, ut satisdet? Et suo nomine conveniri ac promittere intelligendus est, qui de damno rei suæ convenitur, aut de damno eius operis, quod fecit rei suæ nomine. In hoc numero sunt tres, ac proinde totidem, qui solum debeant repromittere damni infecti: dominus ædium ruinosarum, aut soli in quo ædificat; huic proximus, qui bona fide possidet, qui tantisper pro domino habetur, donec compertum sit eum dominum non esse. *L. qui bona*, in pr. § 1. *D. eod.* item is, qui servitutem in alieno habens, puta viam aut aquæductum, aliquid facit viæ reficiendæ aut aquæducendæ caussa. Quia enim in servitute sua facit, in re sua facere existimatur. *L. damni*, 30. in pr. *d. L. qui bona*, §. 1. *D. eod.* Contra omnes alieno nomine hic conveniri & promittere putantur, qui alienarum ædium nomine, aut eius operis quod in alieno, non iure servitutis suæ faciant, conveniuntur, quantuncunque iuris in ædibus aut aliena re habeant. Quo in numero sunt superficiarius de damno superficiei alieno solo impositæ conventus; fructuarius conventus de ædibus fructuariis, aut eo opere, quod facit in solo fructuario; item omnes qui in publico loco ædificant. Nam & hic locus ædificantibus alienus est. Inde & hos, cum damni infecti cavent, etiam satisdare debere legimus. De superficiario est in *L. hoc amplius*, 9. §. *pen.* de fructuario in *ead. L.* §. *ult.* & *L. seq.* *L. inter fructuarium*, *D. eod.* de iis qui in publico ædificant in *L. fluminum*, in pr. *D. eod.*

XV. Quid si is a quo postulatur cautio, se dominum loci dicat, ut solum repromittat, negetur autem ab actore esse dominus, ut satisdet? Et de eo ita sunt verba edicti, ut in hac controversia edicat prætor se eum qui cavebit, sub exceptione satisdare iussurum. *L. prætor*, *L. qui vias*, 31. *D. eod.* Est autem hæc sententia: in hac controversia is qui cavebit, de se quidem simpliciter promittet ita, ut supra stipulationem concepimus: idem & in fideiussores adhibebit, qui idem pro-

promittant, sed promittant sub hac exceptione, si reus cuius nomine spoponderint, dominus rei non sit. Sic enim concipitur exceptio in *L. si proprietarius*, 22. in fin. *D. eod.* Cuius conditionis hæc vis erit, ut si id non constiterit, fideiussores teneantur: sin reus probaverit se dominum, aut probaverint fideiussores, non intelligantur hi esse obligati: ae proinde subducta eorum persona nuda repromissio domini relinquatur. Quid si duo sint, a quibus damni infecti cautio postuletur, quorum unum neget actor dominum esse, ut sub exceptione superiore satisdet: alterum dominum esse dicat, & velit ab eo sibi tantum repromitti? Verba edicti pati videntur, ut id fiat. Sed placuit actorem non debere impetrare, verum eligere debere, a quo velit sibi caveri, [8] *d. L. si proprietarius*, in fin. *D. eod.* Puto, ne pro eadem re duos habeat obligatos, quod est iniquum: vel verius, quia cum dominum rei repererit, quem talem agnoscat, non debeat onus cautionis ad alium transferre. *L. inter quos*, 39. §. 1. *D. eod.*

XVI. Constituta petitione cautionis damni infecti, & cognito genere cautionis, quod peti possit; sequitur, ut prætor ita postulanti, uti ius est, etiam isto modo caveri iubeat: quod & se iussurum pollicetur. Quod si non cavebitur, non hic fit, quod in aliis actionibus & iudiciis, ut sequatur condemnatio pecuniaria in id quod actoris interest: neque enim potest, cum in damno nondum facto nihildum possit eius interesse; sed sequitur pœna vice condemnationis, pœna edicto constituta, quæ ad cautionem exprimendam, & simul actori consulendum cum moderatione visa est convenientissima: ut sit & in ea remedium propositum actori ad cautionem damni impetrandam: Ea pœna est triplex, ut ex edicto licet animadvertere, missio in possessionem eius rei de qua agitur; iusta eius rei possessio; & actio in damni futuri æstimationem. Pœnæ ita constitutæ, non quæ simul concurrant, aut ex quibus actor unam possit eligere, quam velit; sed quæ certo ordine positæ aliæ aliis iusto ordine succedant, ut si prima non sufficit, sequatur secunda, si nec secunda, tum perveniatur ad tertiam. Prima ergo pœna est, & idem primus aditus, & primum remedium ad cautionem, ut is cui non cavetur, mittatur in possessionem, & ut sunt verba edicti, iubeatur ire in possessionem eius rei cuius nomine, ut caveatur postulabitur. *L. prætor*, *L. si finita*, §. *ex hoc edicto*, *D. eod.* In quo hæc amplius cognoscenda sunt, Quis mittatur, Adversus quem, In cuius rei possessionem, Missus quid hac missione consequatur.

XVII. Quis ergo mittitur? Omnes scilicet, quibus non cavetur, quibus modo cavendum sit ex edicto. Hi qui sint, diximus. Quid si sint plures, qui damni infecti sibi caveri postulent, puta plures vicini, aut plures ædium communium domini? Mittuntur omnes in possessionem, idque citra controversiam si simul postulent. *L. si finita*, §. *si plures*, *D. eod.* Quid si separatim, ut uno misso alii exsistant, qui quia sibi non cavetur, idem postulent? Et edicto expressum est in extremo, si is qui in possessione iam erat, paratus sit damni infecti nomine satisdare posterioribus, posteriores non admitti ad possessionem: sin illis non satisdabitur, etiam hos simul in possessionem mitti, ut dicendum sit, quibuscumque non cavetur ex edicto, omnes mitti in possessionem, sive simul postulent, sive separatim, neque hic priores missos & iam in possessione versantes obstare posterioribus, quod definitum est in *d. L. si finita*, §. *si plures*, idem in *L. ex damni*, §. *ult. D. eod.* Mittuntur autem plures in possessionem æqualiter, non pro rata damni, quod unumquemque contingit. *d. L. si finita*, §. *cum autem*, *d. L. ex damni*, §. *ult. eod.* Adversus quos missio est? Et cum ex edicto missio fiat in possessionem eius rei, cuius nomine cautio postulatur; apparet fieri adversus eos, a quibus propter rem cautionem superiorem exigi diximus. Est enim hæc denegatæ cautionis pœna. Id autem adeo verum est, ut quamvis agatur de ædibus ruinosis pupilli, & pupillus tutorem non habeat, quo auctore damni infecti promittat; tamen missio locum habeat, quasi pupillus non defendatur. *d. L. si finita*, §. *si pupillus*, *D. eod.* In cuius rei possessionem mittitur is, cui non cavetur? utrum in possessionem tantum partis ruinosæ, an vero in totas ædes, si quidem de ædibus agitur? Placet mitti in totas ædes. *L si finita*, §. *ex hoc edicto*, *L. ex damni*, 40. *D. eod.* Optima ratione quæ ex sententia Sabini redditur in *d. L. si finita*, §. *ex hoc edicto*. Fuit & Pauli alia ratio non paulo certior: quæ indicatur in *L. emptor*, 38. §. 1. *D. eod.* quam ideo operæ pretium est hic eognosce-

8) Ita quoque, Duar. *h. t. C.* 3. Inconcinne vero P. Greg. 4. *Synt.* 26. *n.* 4. exceptionem eam esse, ut eligat actor, an sibi velit caveri tanquam a domino, an tanquam a non domino.

fcere. Ea autem eft, ut ideo debeat miffio fieri in totas ædes, non in partem tantum vitiofam, quia una parte vitiofa eveniat, ut & reliquæ vitiofæ intelliguntur: propterea quod inquit Paulus, *in ædificiis partes quoque reliquæ a vitiofa parte trahantur*. Qua ratione fi pars vitiofa domus ita erit feparata ab aliis partibus, ut aliæ eamdem ruinam non metuant, ut accidere folet in fpatiofis domibus, placuit folum miffionem fieri in partem vitiofam: idque ex edicto, quo promittitur miffio in poffeffionem eius rei tantum, cuius nomine poftulatur cautio; ac vitiofæ tantum nomine poftulatur. *d. L. fi finita*, *§. ex hoc*, *d. L. emptor*, *§. 1. D. eod.* Hac ipfa ratione recte eidem Paulo vifum eft, fi agri nomine non caveatur; in eam partem agri tantum mittendum effe, quæ vitiofa fit, & ex qua periculum metuatur; quia, inquit, in agris non idem accidat, quod in ædibus, ut pars vitiofa agri alias partes fecum trahat. *d. L. emptor*, *§. 1.* Quid autem miffus confequitur hac miffione? ut ei in poffeffionem venire liceat quod prius quam fecerit, nullam ne detentionem, quidem, aut adeo ius nullum nancifcitur. *L. fi finita*, *§. pen. D. eod. L. non mirum*, *D. de pignor. act.* Poftquam venerit, confequitur quidem detentionem rei, non illam tamen, quæ veram poffeffionem habeat, quæ valeat ad dominium adquirendum, aut rem ufucapiendam; fed quæ tribuat miffo dumtaxat cuftodiam & obfervationem eius rei, in cuius poffeffionem miffus eft, ut accidit in omnibus cauffis, ex quibus mittitur quis in poffeffionem. *L. cum legatorum*, *D. quib. ex cauf. in pof. eat. L. 5.* in pr. *D. ut in pof. leg. feu fidei effe lic. L. 3. §. ult. D. de acq. pof.* Ufque adeo, ut hanc detentionem & cuftodiam is qui miffus eft, non confequatur folus; fed eam obtineat una cum domino & vetere poffeffore, qui non propterea poffeffione decedere cogitur. *L. fi finita*, *§. fi quis autem*, *eod. d. L. 5. D. ut in poff. leg. ef. lic.* Quorfum igitur hæc miffio, ex qua miffus nihil iuris confequitur? Finis hic eft conveniens rei propofitæ, ut fcilicet qui miffus eft, faltem tædio perpetuæ cuftodiæ [9] extorqueat vicino cautionem, ut eft in *d. L. 5.* in pr. *Ut in pof. leg.* Sed & hanc detentionem non perpetuam obtinet is qui miffus eft. Eam amittit alias volens, alias invitus. Volens, fi nullo metu ruinæ deceflerit poffeffione ædium; qui fi exceflerit metu ruinæ non hoc animo, ut ædificia derelinqueret, femper reftituetur. *d. L. fi finita*, *§. ult.* Invitus amittit, quotiefcunque dominus ædium, aut alius quem cavere oportuit, ei cautionem perfonæ fuæ convenientem offert; tum enim miffus poffeffione decedere iubetur; dummodo ei caveatur de omni damno, quod contigit pofteaquam in poffeffionem miffus eft; item de impenfis, fi quas in eam rem fecerit. *d. L. fi finita*, *§. item videamus*, *§. illud*, *§. fi iam ruerunt*, *L. eorum* in pr. *D. eod.* Illud monendi fumus, si is qui in poffeffionem miffus eft, minus commodi confequitur ex ea detentione, ita viciffim hoc illi tribui, ne ea detentio illum oneret. Unde placuit ita eum in poffeffione effe poffe, ut reficere & fulcire infulam poffit, fi velit; si nolit, non cogatur, eamque culpam præftare non debeat, *L. fi finita*, *§. fi quis damni*, *D. eod.*

XVIII. Si miffione in poffeffionem nihil proficitur ad exprimendam vicino cautionem, augetur pœna recufantis, & cum cui non cavetur, iubet prætor poffidere: cum tamen iufta cauffa effe videbitur, ut funt edicti verba. *d. L. prætor*, *D. eod.* Iufta cauffa eft, propter quam ad id decretum perveniatur, cum tantum intervallum temporis intercefferit poft miffionem, *quo*, inquit Ulpianus, *aut pro derelicto ædes longo filentio domini videatur habuiffe, aut miffo in poffeffionem, & aliquandiu immorato nemo caveat*. L. fi finita, *§. non autem*, *D. eod.* Prius accidit, cum dominus diu abfuit. Neque enim qui in his affidue verfetur, dici poteft eas pro derelicto habere. Eft autem longum filentium, ut minimum decem annorum. *L. 1. & L. 2.* in fin. *C. fi adverf. cred. præf. opp.* Ita in hac abfentia longum tempus exigi videtur, priufquam ad hoc edictum veniatur. Pofterius de præfente domino dictum eft, qui moretur in iifdem ædibus, & tamen miffione contempta, cum miffus aliquandiu immoratus fuerit, nemo caveat. Ubi non fimiliter ut fupra, longum filentium & longum tempus Ulpianus exigit, fed fat habet miffo aliquandiu immorato caveri: nempe propter contemptum, & velut contumaciam, quæ in præfente non cavente arguitur. Cum autem dicat aliquandiu, neque

[9]) Veram autem poffeffionem non tribuit, nec vicinum poffeffione expellit, fed in poffeffione eft miffus, ac cuftos potius quam poffeffor. Cuiac. 9. *ad Afr. in L. 44* quia tempus hoc LL. non definitum, Duar. *h. t. C. 6.* ne ftatim ex contumacia quis iure fuæ poffeffionis, cuius commoda haud exigua, privetur, vid. Menoch. *Retin. poff. Remed. 3. n. 172. & feqq.* Coler. *de Process. exfeq. P. 1. C. 2. n. 42.*

neque certum tempus designet, non abs re est existimari cum vulgo, esse [10] in ius dicentis potestate, æstimare quantum id tempus esse oporteat ad contemptum non caventis coercendum. Etsi autem in utroque post tempus supra scriptum eum cui non cavetur, iubendum possidere: tamen ita temperandum esse *ibidem* Ulpianus indicat, id est in *d. L. si finita, §. si forte*: ut si forte dominus Reipublicæ caussa absit, aut ex alia iusta caussa, aut in ea sit ætate, cui subveniri solet, probandum sit non debere prætorem festinare ad decernendum, ut iubeat possidere: sed exspectare, dum absens redeat, aut minor maior fiat: præsertim cum etsi decreverit, & summo iure valeat decretum, tamen in integrum restitutionem sit indulturus. Sed & cum satis temporis præteriit, post quod prætor iubeat possidere, & nulla talis absentia fuit, qualem diximus: tamen hac conditione pollicetur prætor se possidere iussurum, dum ei qui aberit, prius domum denuntiari iubeat. Extat hoc fragmentum in *L. 4 §. prætor, D. eod.* & hic edicto inferendi locus est. Quam autem sententiam habeat, ibidem explicatur.

XIX. Hæc cum præcesserint, iubet prætor eum cui non cavetur, rem cuius nomine cautio postulatur, possidere. Hoc sic acceptum est a veteribus, ut qui iussus est possidere, hoc ipso constituatur dominus eius rei, quam ex hac caussa possidere iussus est. *L. si finita, §. Iulianus, §. si ante, §. illud*, illic, *posteaquam autem, D. eod. L. 1. D. de fund. dot.* Et recte veteres ita sunt edictum interpretati: non quod possidere & dominum esse idem sint, cum plurimum distet possessio a proprietate. *L. naturaliter, §. 1. D. de adq. poss. L. 1. §. 1. D. uti poss.* Sed quia ita est conditio iustæ possessionis qua quis rem animo dominantis tenet, ut si ex iustis caussis quæsita sit, translata ab eo qui dominus rei fuit, continuo sequatur dominium. *L. traditio*, in fin. *D. de adq. rer. dom.* Unde & dicuntur dominia iure gentium a naturali possessione cœpisse. *L. 1.* in pr. *D. de adq. poss.* Sed non statim dixerit aliquis, dominus efficitur, qui ita possidere iussus est: verum tunc solum, cum eam possessionem adeptus, postea per longum tempus rem possederit, ut sic deinde per longum tempus & per longam possessionem dominium capiat, atque ita intelligatur hac possessione concessa non dominium translatum in possessorem, sed solum usucapiendi conditionem. Immo statim dominum fieri, qui ex hac parte possidere iussus est traditum in *d. L. si finita, §. si ante, D. hoc tit.* apertius [11] in *d. L. 1. D. de fund. dot.* Atqui posterius

10) Quæ tutior sententia probata post septem diversas opiniones relatas a Menoch. 2. *Arb. Cass* 6. *n.* 13. Facit *Nov.* 53. *C.* 4. §. 1. ubi iudex dat inducias certas, &c.

11) Rectissime. Consentiunt Cont 1. *Disp.* 8. Henr. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 7. (pulchre firmans & contrariam opinionem falsi vocans) P. Greg 4. *Synt.* 26. *n.* 5. Gifan. *ad L.* 10. *de acq. poss. n.* 19. Io Monach *in C. quoniam frequenter ult. Ut lit. non contest. n* 15. Io. Tavard. *de interd. hoc tit. n.* 19. Ac præter LL. hic adductas probant eam apertissime *L.* 5. *& L.* 7. §. 9. *Com. div.* itemque *L.* 3. §. 1. *in fi. de reb. eorum qui sub tut. L.* 2. *in fin. si ex nox caussa ag.* Proque ea bellum argumentum duci posse videtur ex *L.* 15. §. 21 *h. t.* ubi censetur cavere renuens ex diuturna contumacia, sua voluntate, possessione cessisse ac pro derelicto eam habuisse. Diss. Bato *in Manual. ad tit de bon. poss.* Cuiac. 21 *Obs.* 36. *&* 9. *ad Afric. in L.* 44. *h. t.* Vaud. 1. *q.* 37. Scribit Cuiacius, possessorem quidem fieri ex tertio decreto (ita ille vocat male, quod secundum dicere debuit, vid. *N.* 13.) non autem dominum, sed occasionem præstari acquirendi per usucapionem dominii: non autem caussam vel ius usucapionis transferri. Differre enim, ait, occasionem usucapionis, quæ præstari potest a magistratu vel privato, a iure usucapionis, quod a LL. atque inde possidere eum iure dominii *d. L.* 15. 33. dominum non esse. Atque sic in *d L.* 1. *de fund. dot.* exponit: dominus fit, id est possessor, iure dominii, & *alienationem*, ait, ibi vocari quæ possessionis est non proprietatis *dd. locis*. Verum hoc non est interpretari, sed vim verbis, & sententiæ apertam facere. Ac immo, inquam, si iure dominii possidet dominus est. Nam licet interpreteris, *iure* id est animo & affectu domini, quem & bonæ fidei possessor plerumque habet, huic tamen loco non convenit, ubi si non dominus efficeretur possidere iussus, nec crederet se dominum, aut si crederet in iure erraret. Facti hic ignorantia probabilis nulla: iuris, etsi adesset, pro nulla ad id ut prosit ita erranti. Nec probanda illa caussæ & occasionis distinctio. Sic enim nec privatus tradendo vere diceretur transferre caussam usucapionis. Atqui transfert. Obiic. Dominum facere, est legis, non iurisdictionis. Resp. At regero: Nonne privati traditio facit dominum. Hoc est legis solius, nec perinde iurisdictionis prætoriæ, vel actus alicuius privati, dominium ipso iure, sine ullo facto interveniente, transferre. Non igitur Prætor decernendo faciet dominum, nec eo modo quo Lex sine traditione, sed introducendo in possessionem, atque ita non directe, sed per consequentiam possessionis iuste tributæ, alique iuste ablatæ. Confer. *supra Lib.* 7. *C.* 14. *N.* 4. Vitiosa vero illa collectio & *ἀναλήψεως*. Heres est dominus: Prætor heredem facere nequit. Ergo nec dominum, vid. & Rob. 3 *not. ad Merc.* 9. Diss. aliter A. Fab. 7. *Conject.* 4. *&* 56. *Err. Prag* 4. putans ex missione secundi decreti acquiri dominium bonitarium, ut ad confirmationem pleni dominii, adeoque Quiritarii adeptionem usucapione adhuc egeat. Quod licet placeat P. Gilkenio *de Prascript. P.* 2. *Membro* 2. *Cap.* 5. *n.* 26. ex ipsiusmet tamen Fabri traditis facile convelli potest. Scribit enim, de domino Quiritario accipi debere LL. omnes, quæ de dominio simpliciter & indefinite loquuntur. De bonitario autem quibus res in bonis esse dicitur. Quorsum autem quæso, cui bono requiretur usucapio ad id, ut plenum dominium possessor hic nanciscatur. Anne intermedio tempore, ante expletam usucapionem aliquis possessor hic rem iudicio evincere poterit. Quis vero is & quo iure? Ipsene dominus prior, an is in quem alienaverit, aut contulerit. Neuter sane. Quinam igitur, quæso, dic, erit effectus dominii apud eum, cuius ædes ex secundo decreto possidentur relicti. Nullum ostendere, quin nec fingere forte poteris. Nudam itaque hic & meram subtilis iuris rationem sectaris, quam effectus omnis deficit. Denique utut largirer distinctionem hanc fuisse in proposito casu Prudentum nostrorum ætate, aliter tamen ex mente Iustiniani dd. LL. exponendæ forent. Cum nec Faber ipse diffiteatur hodie saltem post *L. un. C. de nudo iur. Quir. toll.* plenum hoc modo dominium adipisci immissum, nulla amplius usucapione necessaria 56. *Er. Prag.* 6.

fterius de dominio per longam possessionem ex hac parte capiendo traditum est diserte his locis. *L.* 5. *L. his qui*, 12. *L. si finita*, §. *Iulianus*, §. *si de vectigalibus*, *D. eod. L.* 3. §. *ult. D. de acq. poss.* Num ergo hæc contraria? Essent omnino, si diceremus eum qui possidere iubetur, eodem tempore & dominum fieri, & non nisi per longum tempus sequens dominium capere. Quod enim cuiusquam fit, id usucapi non debet. *L.* 4. §. *lana*, *D. de usur.* & *usuc.* Atque adeo nec potest: eum usucapione dominium adquiratur: quod autem nostrum est, amplius nostrum fieri non possit. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Sed non dicuntur hæc de eodem tempore, neque iisdem conditionibus. Primum non absurde dici potest, eum qui possidere hic iussus est, sic dominum statim constitui, ut simul per longum tempus dominium capiat. Non tamen per longum tempus quod postea sequatur, sed quod decretum illud de possidendo præcesserit, ut hoc tempus & longum silentium interdum præcedere diximus. Et quidem id ita accipi debere hinc colligas, quod alioqui male diceretur quis ex secundo decreto dominus constitui, & simul per longum tempus dominium capere, si longum tempus quod desideretur postea, non quod præcesserit, intelligamus. Et tamen superius illud ita scriptum est in *L. si finita*, §. *Iulianus*. Sed & hoc ipsum longum tempus, quod præcedat, in hac re non obscure designari videtur in *L.* 3. §. *ult. de adq. poss.* sic enim Paulus in extremo: *& ideo*, inquit, *cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat* (observa longum tempus hic dici quod præcedit decretum de re possidenda) *etiam possidere nobis & per longam possessionem* (intellige illam quæ præcessit) *capere prætor caussa cognita permittit*. Quod si cui hoc satis non placet, quia de longo tempore nihil aperte superioribus locis exprimitur, & quia paulo ante Paulus longam possessionem nominat, quod verbum nisi abusive de ea detentione quæ decretum secundum prætoris præcessit, accipi non potest, eodem auctore in *d. L.* 3. §. *ult.* est, quod tuto & audenter dicere liceat, utrumque horum vere dici, eum qui ex hac parte iubetur possidere, & dominum constitui a prætore, & eamdem nancisci per longum tempus capiendi conditionem: sed dici hæc diversis conditionibus. Constituitur dominus semper voto prætoris: sed iure hac conditione, si dominus fuit is qui non cavet, & a quo possessio transfertur, quasi re ab eo accepta. Non constituitur statim dominus contraria conditione, si is unde transfertur dominus non fuit. Nam cum ius eius transferatur in eum qui iubetur possidere, nec possit transferri amplius. *L. si finita*, §. *si de vectigalibus* absurdum sit dici possessorem hoc casu dominum fieri, cum non fuerit is, a quo res accipitur per prætorem. Hoc quidem & ius & natura prohibent. *L. nemo plus iuris*, *D. de reg. iur.* Ita restat, ut si huic dominium quæsitum volumus, id [12] capiat usu & longa possessione sequente, ut fit in omnibus rebus quæ iustis ex caussis & bona fide a non domino acceptæ usucapiuntur. *Inst. de usucap.* Nec abs re hoc ita dictum est in hac specie. Constat enim non semper dominos esse, a quibus postulatur, ut damni infecti caveant. Etenim postulatur recte, ut supra diximus, adversus creditorem, fructuarium, superficiarium. *L. eorum*, *D. eod.* a quibus re translata nemo dicet dominium transferri in accipientem, cum dominium non fuerit penes eos, a quibus res transfertur. At enim quibus in locis dicitur prætorem ex hac parte permittere rem capere per longum tempus, longamve possessionem, simpliciter dicitur, nec adiicitur qui sint ii, cum quibus agitur. Sane nihil adiicitur nominatim; sed ipsum usucapiendi verbum satis declarat dici hoc quo casu res accipitur ab eo qui dominus non sit. In eas, enim res solas, quæ a non domino accipiuntur, cadit usucapio. *Inst. de usuc.* in pr. Tantum autem abest, quibus in locis traditur eum qui possidere iussus est, dominium per longum tempus seu per longam possessionem capere, etiamsi nihil adiiciatur aliud, ut ex iis colligatur eum non statim constitui dominum, si dominus fuit is cum quo agebatur; ut maxime his locis hoc ipsum confirmetur; ne forte illi loci nos dimoveant a superiore distinctione, id autem ratione iuris certa sic efficitur. Quibus ex caussis transfertur usucapiendi conditio; si is dominus non est, a quo res transfertur; ex iisdem caussis statim transfertur dominium, si a quo res transfertur, dominus fuit. *L. clavibus*, *D. de contr. empt.* Volumus superioribus locis hoc dici, in eum qui ex hac parte possidere iussus est, transferri usucapiendi conditionem etiam tunc cum dominus non fuit is a quo res transfertur. Sciamus igitur hoc

12) Vera & expedita hæc posterior solutio, quæ & Accursii *ad L.* 5. *h. t.* Prior autem responsio nostri firma ac solida non videtur.

hoc ipso effici, si is unde transfertur possessio, dominus fuit, exinde dominium transferri, neque hoc casu desiderari usucapionem.

XX Utcumque autem se habebit hæc possessio vel ad dominium transferendum, vel ad transferendam usucapiendi conditionem, vis hæc est huius translationis, ut in eum qui possidere ex hac parte iussus est, semper transferantur ea, quæ sunt propria veræ & iustæ possessionis recte quæsitæ. Ea sunt duo, quæ & in hac possessione agnovisse veteres sub hoc titulo videmus. Primum, ut qui possidere iussus est, solus possideat. Sic enim est vera possessio, ut duo in solidum possidere non possint. *L.* 3. *§. ex contrario, D. de adq. poss.* Ex quo illud in *L. si finita, §. si forte, D. eod.* ubi quis possidere iussus est, dominum deiiciendum esse de possessione. Alterum est, ut sic efficiatur possessio propria eius, qui possidere iussus est, ut eam invitus non cogatur amittere. Proprium enim hoc rerum nostrarum, ut quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non possit. *L. id quod nostrum, D. de reg. iur.* Atque hinc illud est, quod placuit, postea quam quis possidere domini iure iussus est, locum non esse cautionis oblationi. *d. L. si finita, §. illud*, in fin. *D. eod.* Idest, ita possessionem effici eius propriam, quantumvis prior dominus paratus sit illi cavere damni infecti, nihilo tamen magis cogatur is re cedere, cuius vel iam nunc dominium nactus est, vel saltem usucapiendi conditionem. Quorum utrumque diversum esse diximus in eo qui ex superiore parte in possessionem tantum missus est. *d. L. si finita, §. si quis autem, §. item videamus, D. eod.* Merito: quoniam missio in possessionem nihil iuris transtulit in accipientem, quamobrem debeat prior dominus vetere iure suo excidere. Possessio data transtulit, quod fieret proprium accipientis, & perpetuum. Denique scimus longe aliud esse in possessione esse, & possidere, *§. possidere, Inst. de interd.*

XXI. Sed ut hæc consequitur possessionis iure, qui possidere iussus est: ita teneamus nihil cum amplius consequi, quam quod consequeretur quivis translata ex aliis caussis possessione. Nemo ex aliis caussis quanvis iustissimis re tradita aliter nanciscitur dominium, quam si dominus sit is, a quo accipit: si non sit dominus, consequitur tantum usucapiendi conditionem. Idem fieri & in hac translatione ante diximus. Sed etsi quis dominus, aut qui pro domino habeatur, ut superficiarius, emphyteuticarius, rem aliquam sui iuris in alium transferat, placet nihil amplius efficere traditionem, quam ut res sit eodem iure apud eum qui accipit. *L. traditio, D. de adq. rer. dom.* Eadem conditione & possessio seu dominium ex hac caussa transfertur. Itaque si agatur adversus eum qui habeat vectigales ædes, id est, aut superficiarias, aut in agro vectigali & emphyteuticario positas, postuleturque ut de his caveat damni infecti, cumque non caveret, iubeatur adversarius possidere: placet nihil amplius hunc consequi, quam ut eodem iure sit, quo foret is, qui non cavit: scilicet ut vectigali tantum actione uti possit. Et contra si in vectigali isto prædio de istis ædibus municipes non caveant: atque ita adversarius possidere iussus sit; transferri quidem ius municipum: sed hoc solum & proinde dominium plenum quod rem superficiario, vel emphyteutæ auferat, non nisi per longum tempus adquiri. Quæ sententia est *L. si finita, §. si de vectigalibus. D. eod.* Postremo si quis rem alienam pignori obligatam usucapit, dominio possessori quæsito nihilominus salva manet pignoris persecutio. *L. iusto, §. non mutat, D. de usur. & usucap.* Idem accidit & in hac caussa, si quis ex possessione huius partis dominium ceperit vel statim vel longo usu. Nam & hic nihilominus placet manere integram actionem hypothecariam veteri creditori adversus novum dominum, dum ei impensas quas in refectionem fecerit, id est, utiliter, creditor præstare sit paratus. *L. cum postulassem*, 44. *§.* 1. *D. eod.* Quod tamen sic accipiendum erit ex *L. eorum*, 19. in pr. *eod.* si creditor bona fide absuerit, cum possessor adversus debitorem iuberetur possidere. Tum enim absentis ius in stipulatione damni infecti non corrumpitur. Quod si præsens cum sciret rem iuberi possideri non cavit, amittit ius pignoris, quippe qui non minus cavere debuerit ad iuris sui retentionem, quam alius quivis, qui in ea re aliquod iuris haberet: ut merito hic quoque culpa eius eadem pœna plectatur: quod & in fructuario placuit. In quam sententiam recte Accursius accepit, quod scriptum est in *d. L. si finita, §. si qua sint*, adversus eum qui iussus sit possidere denegari superioribus & pignoris & usufructus persecutionem. Quod ipsum illud est, quod aliis verbis traditur in *L. his qui*, 12. *D. eod.* his qui pignori rem acceperunt, potiorem esse eum cui damni infecti non cavetur, si possidere ei permissum fuerit.

XXII.

XXII. Notandum est iussum hunc prætoris, quo rem possideri iubet, secundum decretum appellari. Sic vocat Ulpianus in *d. L. si finita*, *§. Iulianus*. Quo significatur esse aliud in hac re decretum, quod cum hoc comparatum sit primum. Et ita res habet. Cum prætor iubet ire in possessionem, dicitur decernere, ut in possessionem eatur. *d. L. si finita*, *§. illud*, *§. si iam ruerunt*. Et rursum cum iubet possidere, decernit. *ead. L. §. si forte*. Recte utrumque: quia decernere dicitur magistratus, cum caussa cognita aliquid permittit. *L. 5. §. ne tamen*, *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt*, quod fit in hac re, ubi prætor non solum permittit possidere, sed etiam ire in possessionem. *L. his qui*, 12. *D. eod.* atque utrumque caussa cognita. Nam & cum iubetur quis in possessionem ire, id facit prætor caussa cognita, dum expendit quis, a quo, & quo genere cautionis stipulanti promittatur. Cumque hic pœna illa prior, ut in possessionem eatur, præcedat iusto ordine hanc posteriorem, ut res possideatur: merito in hac caussa quod illic iubet & decernit prætor, ut fiat, decretum primum; quod hic, decretum secundum nominatur. Ac verbo etiam secundi decreti, quod de hoc posteriore dicitur, satis admonemur duo tantum in hac specie decreta prætoris intervenire. Nam si quod decretum prætoris præcederet missionem in possessionem a decreto de missione separatum, dici deberet hoc quo iubetur res possideri, tertium decretum, non secundum. Et tamen videri possunt duo hic prætoris decreta intervenire prius quam ad decretum de possidendo veniatur. Omnino enim ante quam prætor mittat eum cui non cavetur, in possessionem, iubet eum unde petitur, cavere: hoc autem cum iubet, quia facit caussa cognita, atque hoc modo stipulationem permittit, dicitur decernere, ut caveatur: ut proinde insit & in eo decretum. *L. prætor*, *penult. clausula edicti*, *L. cum postulassem*, 44. in princ. *D. eod.* Quæ res movit [13] nonnullos, ut tria hic decreta admitterent, unum de cautione interponenda; alterum ut eatur in possessionem; & sequens ut res possideatur, quod ex ista sententia necesse est uti est, ita & dici tertium. Sed ut dixi, veteres hoc secundum nominant, quo satis superior sententia refellitur. Et recte veteres: non quod cum prætor caveri iubet, non decernat; & cum iubet ire in possessionem, non etiam hic decernat: sed quod cum hæc duo facit, unum decretum est, non duo. Iubet enim uno tempore, & iubet non coniunctim quasi simul utrumque fieri velit: sed iubet disiunctim, ut dicat, tu a quo cautio postulatur, aut cave damni infecti, aut iam nunc in præsentia postulantem in possessionem ire iubeo. Ex quo apparet effectu rem hic unam ex duabus decerni, ac proinde & ex re quæ iniungitur, & ex tempore rei iniungendæ unum decretum esse. Sic autem ista decerni eodem tempore, & simul disiunctim, ut unum tantum fiat, cum res ipsa indicat, tum expressum est in *d. L. cum postulassem*, 44. in princ.

XXIII. Si ne hæc quidem decreta processerint, dum quis eum cui non cavetur nec in possessione esse ex primo decreto, neque possidere ex secundo patitur; hic adiicitur tertium remedium, quo plenissime de damno infecto consulitur postulanti. Constituitur enim hoc casu edicto prætoris adversus eum qui prohibet, actio, ut tantum præstet, quantum præstare promissorem oporteret, si de ea re cautum fuisset. Hoc in edicto *penult. claus. L. prætor*, *D. eod.* Nec interest quis prohibuerit, dominus an alius qui pro domino interveniat: pupillus, an alius. *L. si quis missum*, 17. *L. damni*, 18. *§. si pupillus*, *D. eod.* Quæsitum, an is qui non admittit, etiam pignoribus captis coerceri possit. Negat Ulpianus, cum ex hoc edicto tantum sit hæc actio prodita adversus eum qui non admisit. *L. 4. §. 1. D. eod.* Cum sit autem hæc in factum actio (sic enim nominatur in *L. si finita*, *§. ult.*) quoad persecutionem eadem cum ea quæ ex stipulatione damni infecti nascitur: quid ea contineatur, tum intelligetur, cum dixerimus quid contineatur stipulatione damni infecti. Tantum in verbis edicti de hac actione monendi sumus, esse aliquid, quod cavendum sit. Sic enim verba sunt, ut detur actio superior, si is qui non cavet, neque in possessione esse, neque possidere passus erit. Coniunctim posita hæc duo; quam coniunctionem orationis si sequimur, dicemus non prius superiori actioni locum fore, quam si is qui non cavet, utrumque simul fecerit, ut neque in possessione esse pateretur, neque rem possidere. Hæc enim vis est coniunctionis, ut cum plures conditiones coniunctim adiectæ sunt, o-

13) Cuiac. 9. *ad Afric. in L. 44. h. t.* Omnino male, cum ipsi iuris auctores primum vocent, quod Cuiacius secundum, & secundum quod ille tertium. Uno itaque decreto priori duo complexus Prætor, Gifan. *ad L. 10. de Acq. Poss. n. 9.* Vid. de primo & secundo decreto Menoch. *Arb. Casu 6. & Retin. Poss. Remed. 3. n. 161. & seqq.* Ant. Fab. 10. *Err. Prag. 6.*

mnes impleri oporteat. *L. si ita quis*, 129. *D. de verb. oblig. L.* 5. *D. de cond. inst.* Sed ut alias sæpe coniuncta pro disiunctis accipiuntur sententia ita postulante. *L. sæpe, D. de verb. signif.* sic & edictum in hac clausula acceptum est, ut contumacia eius, qui contra decretum prætoris fecerit, coerceatur: neque enim is contemptus dignus est, qui in ulla parte adversus quam deliquerit, adiuvetur. Et hoc est, quod placet si is qui missus est in possessionem, non sit admissus, hoc ipso ista in factum actione uti posse, cum damnum factum erit, quanvis nondum iussus sit possidere. *L. si finita, §. ult. D. eod.* Idemque esse e converso, si admissus sit in possessionem primo, in quam missus erat: sed cum iussus esset possidere, prohibitus sit nancisci possessionem. *L. damni*, 18. *§. penult. D. eod.*

XXIV. Et sunt hæc quidem remedia eiusmodi, ut apparet, quibus adversus non caventem non inepte & sine iniuria postulanti vicino caveatur. Sed eiusmodi tamen, quibus tunc locus est, cum stant ædes, & id opus, cuius nomine cautio postulatur. Quæ si ante quam mitteretur vicinus in possessionem, deciderint, nulli horum remediorum locus esse potest. Nam neque in possessionem iri eius rei, neque possideri ea res potest, quæ non est: sed nec dici quisquam prohiberi in possessione esse alicuius rei, aut eam possidere, ubi non est res, a cuius possessione prohibeatur. Adde, quod non prohibetur ab alio venire in possessionem, qui quominus veniat, natura ipsa rei prohibetur. Quid ergo fiet, si prius quam missio fieret in possessionem, aut priusquam veniretur in possessionem, ædes deciderint, & damnum dederint? Utemur distinctione ea, cuius partes varie disiectæ sunt sub hoc titulo; quæ si colligantur, hæc distinctio futura est. Si ædes deciderint ante, quam vicinus postularet a prætore sibi caveri damni infecti, si quidem negligentia eius factum est, non ullo impedimento iusto; de damno cum domino ruinosarum ædium agere non potest, non dico ut is damnum præstet; sed ne ad id quidem, ut id præstet, aut ædibus vel ruderibus cedere 14 cogatur. *L. prætor*, in fin. iuncta. *L. quod forte*, seq. *D. eod.* Denique sua culpa damnum passus est, qui tardius cœpit experiri, ut est in *L. cum postulassem*, in princ. *D. eod.* Sin qui ideo vicinus sibi non prospexit, quia non potuit, puta quia aut Reipublicæ caussa aberat, aut angustiis temporis, aut casu, iustove aliquo impedimento prohibeatur, quominus de ea re adiret prætorem; placuit Iuliani sententia, non inique prætorem curaturum, ut dominus vitiosarum non solum rudera tollat, ut est in *d. L. prætor*, in fin. & *L. seq. D. eod.* sed hoc amplius, ut aut damnum sarciat, aut ædibus careat. *L. hoc amplius, seq.* in princ. *eod.* Quod si ædes ruerint, cum iam vicinus postulasset a prætore, ut sibi damni infecti caveretur: interest, utrum damnum contigerit, dum prætor de danda stipulatione deliberat, an cum iam is misisset vicinum in possessionem. Si dum deliberat de stipulatione admittenda: æquum visum est deliberationem hanc magistratus postulanti non nocere: ideo officium esse prætoris, ut iubeat dominum ruinosarum ædium aut cavere de omni damno, aut si non caveat, ipse det de damno actionem. *L. si finita, §. eleganter, D. eod.* Si misso iam vicino in possessionem damnum factum est: si quidem is venire neglexit, placet eum amisisse beneficium prætoris. *d. L. si finita, §. penultim.* Si non neglexit, nec ulla culpa eius est, quominus veniret, scriptum est in *L. cum postulassem*, 44. in pr. *D. eod.* perinde hic omnia servanda esse, atque si posteaquam in possessionem venisset, damnum datum esset. Quod sic interpretandum est, æque hic misso succurrendum esse, ut fieret superiore casu, dum prætore deliberante ædes ceciderint. Proinde aut vicinum iubendum de damno cavere, aut illo non cavente actionem de damno decernendam. *arg.* in d. *L. si finita, §. eleganter.*

XXV. Cum sint hæ vexationes in missione in possessionem, id damnum ex possessione, quæ secundo decreto obtinetur, & ad extremum eadem actio, quæ futura esset ex cautione damni infecti: recte & consulto faciet omnis, a quo damni infecti cautio postulatur, si se hac omni molestia & damno liberans, statim ubi iussus est cavebit. Quod si faciat, extremus iam hic locus est, ut de vi & potestate eius cautionis interpositæ quæratur. Et huius stipulationis eadem vis, quæ cæterarum omnium, quæ sub conditione concipiuntur, ut quoniam de damno futuro hic cavetur

14) Quin & post denunciationem privatim factam, priusquam Prætor adiretur, damno dato idem iuris *d. L.* 44. licet secus sit in novi operis nunciatione. Atqui hoc remedium ob imminens periculum celeritatem magis requirit. Resp. Ratio diversitatis, Actio in factum ex edicto de operis novi nunciatione procedit ex facto vicini, competens ad hoc ut opus non legitime factum restituatur. Damnum vero quod ex ruina procedit, ex vetustate earum vel vitio operis iam facti, ita Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 6.

vetur hac conditione si damnum factum erit, tum committatur stipulatio, id est, ex ea agi posse incipiat, cum conditio exstiterit. *§. sub conditione, Inst. de verb. obl.* Observabimus autem conditionem huius stipulationis tria continere, ut est ea conceptio, quam supra ostendimus: si damnum contigerit: si contigerit ædium, loci, operisve vitio; & si contigerit intra diem stipulatione comprehensam. Quæ singula quid valeant, pertinet ad conditionem implendam, & committendam stipulationem, ut cognoscatur. Et an damnum datum sit, intelligetur in commune, cum ad exsecutionem actionis quæ inde nascitur, diximus, quod appellatione huius damni contineatur, ut præstandum sit. De ædium, loci, & operis vitio hæ veterum definitiones sunt. Ædium, si superficiem intelligimus, vitium idem est, quod operis. Nam & ædes sunt opus. Loci vitium hic accipitur non vitium naturale, quod per se futurum esset & sine ædibus idque natura loci; sed quod extrinsecus accedens superficiem impositam infirmiorem facit. *L. fluminum, §. adiicitur. D. eod.* Naturale vitium est loci, si puta, locus sit paluftris aut arenosus; ideoque impositum ob hæc vitia cecidit, in stipulationem damni infecti non venit: usque adeo, ut nec ea stipulatio interponatur, neque interposita committatur, ut scriptum est in *d. §. adiicitur.* Vitium extrinsecus accedens est, exempli gratia, cum locus per se alioqui firmus aqua alluente paulatim exeditur, aut vitiatur: hoc vitio si corrumpuntur fundamenta atque ita ædificium ruit, id demum vitium est quod loci esse intelligitur, & ad hanc stipulationem pertinet. Quid ergo, si quis ædificare velit in loco palustri aut arenoso ,ut ædes periculose nostris immineant, ;hoc illi licere debebit impune, neque nobis ulla occurrendi ratio est? Minime vero illi licere debet ita temere ædificare, & vicinis damnum dare impune. Sed & hic damni infecti utiliter nobis cavebimus, quæ & Accursii & Bartoli sententia est. Neque hic quidquam dicimus contrarium superioribus. Concedunt enim omnes de vitio saltem ædium atque operis stipulationem recte postulari. Et ad hoc vitium is casus pertinet, qui ideo contigerit, quia ædes in loco palustri aut arenoso exstructæ non bene iactis fundamentis ceciderint. Possunt enim loca palustria & arenosa firmari molibus alte iactis, aut sudibus præustis quantum satis est in terram infixis. Quod si factum non erit ab ædificatore, & ædificium ruerit postea, eventus docet ideo factum esse, quia ædes non recte, neque arte ædificatæ essent: id est, quia essent ædificatæ vitiose, fundamentis videlicet non ita iactis, ut oportuit. Vitium operis, proinde & ædium est omne, quod aut ab arte contingit, aut materia, aut vetustate postea contrahitur. Ab arte, si ædes male ædificatæ sint: *L. fluminum*, in fin. princip. *D. eod.* a materia, si materia vitiosa, quæ postea vitium ostenderit: a vetustate, ut cum paries tempore corruptus aut finditur, aut ventrem facit, ac tandem concidens, ædificium secum trahit. Quod si quid casibus fortuitis contigerit, quo aut ædificium deiiceretur, aut opus fieret ab iis quos prohibere non possumus, id omne eiusmodi est, ut non sit numerandum in vitio ædium vel operis, eoque nec hac stipulatione præstetur. Veluti, si ædes de quibus cautum est, terræ motu, aut vi fluminis, aut alterius ruinæ ceciderint: si tegulæ vento deiectæ in stipulatoris tegulas deciderint: si deiectæ arbores aut confractæ vi tempestatis vitibus vel segetibus nostris nocuerint: si alii quos prohibere non potuimus, idem deiecerint, aut opus de quo cautum erat, nobis ignorantibus fecerint. Hæc summa *L. fluminum, §. hæc stipulatio*, usque ad *§. ultim. D. eod.* congruit. *L. damni*, 43. in pr. *eod.*

XXVI. Habet, ut dixi, superior stipulatio & in conditione hoc tertium, ut de damno caveatur, si id contigerit intra diem stipulatione comprehensam. Quæ adiectio hoc efficit, ut si finita die damnum datum sit, nihilo magis de damno agi possit, quam si omnino cautum non esset: sic enim verum est conditionem stipulationis non exstitisse. *arg. in L. si finita*, in pr. *eod.* Atque hinc illa quæstio; quando intra diem comprehensum videatur damnum datum esse: placetque datum videri, non tantum si quid plane ruptum erit intra eum diem, sed etiam quid luxatum, aut vitiatum ita, ut postea ex eo ictu & luxatione conciderel, quanvis post diem id contigerit: & in summa tunc damnum intra eum diem datum videri, cum caussa futuri damni interim data est, quanvis postea damnum sit secutum. Hoc in *L. damni*, 18. *§. Sabini. D. eod.*

XXVII. Cum secundum hæc conditio stipulationis exstiterit, tum, ut dixi, commissa stipulatione ex ea actio est. Ad quid, quibus, adversus quos, videamus. Conceptio stipulationis, quam supra proposuimus, finis item cautionis indicat id agi, ut damnum quod contigit, præstetur, nihil præterea. Videndum, quid in damno haben-

habendum sit, cuius rei damnum præstandum, & cum præstabitur quomodo æstimandum. Et damnum hic accipimus quanti ea res est, seu quanti interest stipulatoris damnum ab ædibus ruinosis datum non esse. *L. in hac stipulatione, D. eod.* Similiter ut in lege Aquilia quæ est de damno dato, æstimatur damnum datum. *L. ait lex, D. ad leg. Aquil.* In quo hæc computantur, res quæ ruina ædium aut operis fractæ, ruptæ, deterioresve factæ sunt; impensæ quæ propter metum ruinæ factæ sunt ad ædificia fulcienda; tum si qua sunt emolumenta quæ stipulator ex re sua percipere potuit, quibus caruit propter metum ruinæ, ut sunt mercedes inquilinorum, quæ ideo perceptæ non sunt, quia inquilini iusto metu aut non accesserunt ad ædes conducendas, aut cum conduxissent, emigrarunt, *d. L. in hac*. Quod si quid est, quod stipulator consequatur beneficio & patientia vicini, eiusdemque promissoris; id si facto eiusdem domini amittit, quanvis per id opus de quo cautum est; placet in damno non esse numerandum, eoque nec hoc stipulatione præstari. Finge vicinum puteum fodere iuxta ædes meas, & me eo nomine damni infecti stipulatum, ne forte eo opere lædat fundamenta mearum ædium. Si eo puteo aperto præcidat venas putei mei, aut alio modo aquam quæ in eius fundo oritur, ad se avocet, hac stipulatione non tenetur. Idem est, si cum ædes instituisset in suo, & mihi damni infecti cavisset, eas ita tollat, ut luminibus mearum ædium officiat. Utrumque ideo, quia & illic iure aquam suam, quæ prius ad me veniebat, in suo retinet: & hic in suo iure altius tollit. Hæc in *L. fluminum, §. ult. L. Trebatius* seq. *L. Proculus* seq. *D. eod.* Perit hic quidem mihi aliquid, quo prius utebar, sed non de meo; quia meum non fuit, in quo aliena patientia & beneficio utebar. Non est igitur damnum, in quo de meo patrimonio nihil deminuitur. *L. 3. d. L. Proculus*, in fin. *eod.* Non adversatur, quod veteres constituerunt, in æstimando eo quod interest, quod in hanc stipulationem venire ante diximus, rationem haberi non tantum damni, sed etiam lucri. *L. 1. §. ultim.* in fin. *D. de eo quod cer. loc. L. unica. C. de sent. quæ pro eo quod inter. prof.* Lucri enim iusti ratio habenda est, id quod veteres intelligunt. Iniusti lucri nulla est æstimatio. Est autem iniustum lucrum, quod ex re aliena invito domino facere postules: etiam si prius concedente domino aliquandiu eo usus fueris. Semper enim in potestate domini esse debet, beneficium suum & liberalitatem, cum velit, revocare, *L. 1. L. 2. D. de prec.*

XXVIII. Damnum vero hic præstatur non cuiusvis rei, quam stipulator amiserit ex casu aut ruina eius loci operisve, de quo cautum est; sed solum eius rei, propter quam initio de damno sibi cavit, dum ei rei damnum timeret; scilicet quia & de eo damno inter stipulatorem & promissorem initio actum est. Et ideo si unas ædes habui, cum stipulatus sum damni infecti, aut unam partem in ædibus communibus, quibus damnum metuebatur, deinde alias ædes vicinas comparaverim, aut aliæ partes rei communis mihi accesserint, & hæ eadem ruina damnum passæ sint; placet damnum tantum præstari ædium, & eius partis quas tunc habui cum stipularer, non earum quæ obvenerint postea. Hoc in *L. damni, 18. §. si quis unas, D. eod.* Et tamen si res aliquas post stipulationem interpositam in domo habere cœperit stipulator, quæ ex ruina vicinarum ædium perierint; *ibidem* scriptum est, earum quoque nomine agi posse, licet tunc cum stipularetur, hæ res non fuerint. Hoc ideo, quia & de his rebus initio cogitatum est, cum id ageretur, ut stipulator ædes quæ tunc erant eius cum stipulabatur, salvas haberet: quod quidem non propter ipsas ædes quisque stipulatur, sed propter res quas illic habet, habiturusve est postea: cum ædes earum rerum caussa quæ illic sunt, potissimum habeantur.

XXIX. Sed & damnum hoc omne quod contigit, & hic præstandum esse dicimus, non uno modo æstimandum est. Sit sane hæc æstimatio aliis in rebus, quæ & in aliis caussis servatur, ut tanti res quæque omissa aut deterior facta æstimetur, quanti est re vera: ut fit in actione de damno dato ex lege Aquilia *L. si servum, D. ad leg. Aquil.* At excepta sunt opera ad voluptatem comparata, ut tectoria & picturæ, quæ si ex ruina ædium perierint, placet etsi in his magna erogatio facta sit: attamen ex damni infecti stipulatione moderatam æstimationem, & honestum modum servandum, non immoderatam cuiusque luxuriam subsequendam. *L. ex damni, 40.* in pr. *D. eod.* Eadem servatur & in parietis communis demolitione ac restitutione, cum unus ex sociis qui hunc reficiebat, cavit socio damni infecti, & quid ex ea caussa damni contigit. Quod explicatur in *L. nam si, 37. D. eod.* Per cuius præstationis occasionem introducitur sub eodem titulo quæstio, an is qui parietem refecit, possit vicissim repetere

pro

pro parte sumptus a socio, & quatenus. Et placet posse hactenus, ut in æstimando novo pariete ratio habeatur eius impensæ, quæ modum probabilem non excedat in vetere eius cultu, non etiam qui gravet. *L. inter quos*, 39. §. *ult. D. eod.* Sed & in eo æstimando deduci debere pretium veteris parietis, si quod ad socium pervenit: si nihil aliud, certe quod ex veteri in novum coniectum sit, id deducendum. *L. emptor*, 38. §. *ult. eod.* Hæc tamen ita, si vetus paries idoneus non fuit, ut eum demoliri oporteret. Quod si fuerit idoneus paries, placet non modo nihil præstandum novi parietis nomine, sed etiam in damni infecti stipulationem venire, quanti interfuit actoris veterem parietem stare. *d. L. nam si fuit*, 37. *eod.* Unde rursum illa quæstio in parietis communis demolitione quis paries idoneus, quis non idoneus, & in reficiendo eo, cui potius facultas ædificandi præstanda. Locus dilucide expositus in *L. in parietis*, 35. *L. sed ita seq. L. in reficiendo*, 41. *D. eod.*

XXX. Hæc actio, ut ex omni alia stipulatione, & stipulatori competit, & est adversus promissorem. Quæritur de pluribus dominis, si forte plures ædium communium nomine stipulati sint damni infecti: plures ædium ruinosarum nomine damni infecti caverint; quatenus agant singuli, & conveniantur: in solidumne, ut simpliciter & sine adiectione partis stipulati sunt, aut promiserunt; an vero pro qua parte singuli in ædibus dominium habent? Et placet singulos ex stipulatoribus pro partibus dominicis agere, singulos ex promissoribus pro iisdem partibus conveniri. *L. ex damno*, 40. §. *quoties ex damni*, *eod.* In stipulatoribus expedita ratio, quæ indicatur in *d.* §. *quoties ex damni*. Quia scilicet de damno quod contigerit postea, sibi cavent. Damnum autem quod pluribus datum est, non unicuique in solidum, sed in partem datum videtur. In promissoribus ratio obscurior, cum possint singuli in solidum se damni nomine obligare, Sed cum promittant non simpliciter, sed propter rem suam a qua damnum timetur; satis intelligitur unumquemque ur dominum, ac proinde quatenus dominus est, idest, pro portione dominica cavere. Et tamen quia id potest esse incertum, consilium datur in *L. plures*, 27. *D. eod.* ut cum plures sint domini vitiosarum ædium promittant nominatim pro sua quisque parte; ne singuli in solidum obligentur. Non quod alioqui iure obligentur in solidum, quod negatur in *d. L. ex damni*, §. *quoties ex damni*, sed quod de eo dubitari potest, & in ea dubitatione potest contra promissores iudicari. De pluribus stipulantibus nihil eiusmodi necesse eos facere traditur in *d. L. plures*, quia quomodocunque stipulentur, semper eos de suo damno stipulari certum est, quod pro portione cuiusque dominica inter eos dividitur.

XXXI. Ac de stipulatione damni infecti dictum est, quod satis sit ad caussam, vim & potestatem stipulationis cognoscendam, obtinendamque de damno futuro eam cautionem, quam volumus, de quo nunc agitur. Adiecta tamen quædam sunt sub hoc titulo, sive ex edicto, quod est de hac stipulatione, quæ tamen hic non exstant; sive ex aliquo alio; in quibus agitur de magistratibus iis, per quos superiora decreta transigi possunt, & debent; qui locus magis ad iurisdictionem magistratuum pertinet, quam ad privatam obligationem, & ius privati, quod in hac stipulatione quærimus. Quia tamen proprie constituta sunt in hac stipulatione, & fortasse eodem edicto; non absurde sub hoc titulo inserta sunt: certe ad rectam persecutionem iuris nostri in hac caussa pertinent. Locus est ex Ulpiano in *L.* 1. & *L.* 4. *D. eod.* Sententia autem hæc est. Iubere cavere damni infecti, & adversus eum qui non caveat, in possessionem mittere, prætoris est & prætidis in provincia, si præsentes sint, Si absint: hæc duo prætor & præses magistratibus municipalibus delegavit, *L.* 4. § *duas ergo*, *D. eod.* Et recte horum utrumque his delegandum putavit (sic enim legendum est in *L.* 1. non autem 15 *putabit*, ut in Pandectis Florentinis, iniunxit enim illa prætor edicto ipso, non ipse postea, ut quidque occurrit, delegat, *d. L.* 4. §. *duas*) recte, inquam, horum utrumque delegatum magistratibus municipalibus: quod res damni infecti celeritatem desiderat, & periculosa dilatio prætori videtur, si ex hac caussa sibi iurisdictionem reservaret, ut est in *d. L.* 1, *Cætera*, inquit idem Ulpianus,

15) Quod probat Sc. Gentil. 2. *de iurisd.* 5. quia Florentini Pandectæ passim B. pro V. exhibeant. Sed recte opinor legitur *putabit*, quia contextus ipse & ratio sermonis verbum futuri temporis exigunt. Nam dictio *cum*, pro *quando* posita sit, non pro *quia*. Neque enim satis Latine, puto, dicitur *cum desiderat* pro *quia desiderat*. Sed ratio sermonis istiusmodi verba exigeret *cum desideraret* & *Prætori videretur*, &c. Nec ipso iure municipali magistratui datam hanc iussionem probat *d. L.* 4. §. 3. ne quidem sub conditione ea si magistratus superior absit. Sed hæc faciunt illi non vi propriæ, sed mandatæ a Prætore, re ita exigente, iurisdictionis, vid. Fach. 6. C. 76. A. Fab. ad *L.* 4. *de iurisd.*

nus, *iurisdictioni suæ prætor reservavit*, d. *L.* 4. §. duas. *Cætera*, id est, ut *si duretur non caveri, possidere liceat: tum ex caussa decedatur de possessione:* item ut non admisso actore in possessionem, decernatur ei actio in tantam summam, quantum postea damnum futurum est. Hoc in *d. L.* 4. *§. si forte.* Scilicet quia hæc moram pati possunt sine periculo actoris. Priora autem illa non tantum permisit prætor magistratibus municipalibus, sed etiam iniunxit, quo verbo Ulpianus utitur in *d. L.* 4. *§. duas.* Recte: sic enim permittit prætor ista facere magistratibus municipalibus, ut etiam facere iubeat, si postulentur: & ne impune contemnant, neglectis his adversus eos actionem dedit, quanti ea res est cuius damni infecti nomine cautum non est: nisi tamen tam vicinum urbi municipium fuerit, ut magistratu se non interponente potuerit prætor vel præses adiri: hæc in *d. L.* 4. *§. in eum*, usque ad fin.

C A P. XLVIII.

De aquæ pluviæ arcendæ actione.

Aquæ pluviæ arcendæ actio quid conveniat aut differat a nuntiatione novi operis, & damni infecti stipulatione. I. XIII.

Brevis actionis comprehensio. Summæ illius partes, caussa actionis, eiusque genus & conditio. II.

Ad caussam revocari quatuor 1. *Aquam pluviam, quæ vicino noceat, aut nocitura sit.* III.

2. *Opus manufactum, propter quod aqua noceat. Quatenus & naturale opus in actionem veniat.* IV.

Quid si opus quis in suo faciat avertendi fluminis caussa. V.

3. *Opus in privato agro factum, aut in ædificio rustico.* VI.

4. *Aquam pluviam quæ vicini agro noceat.* VII.

Quinque excipi a superiore caussa; & quæ illa. VIII.

Quando fossam quæ in agrum vicini aquam derivat quis purgare teneatur suis sumptibus, aut pati eam purgari ab alio. Conciliatur §. 1. cum §. apud Labeonem 5. in L. 2. D. de aq. pluv. arc. IX.

Actionis ea vis seu præstatio, ut factum opus ante litem contestatam restituatur; & damnum sarciatur quod post eam contigit. X.

Restitutio operis qualis; & quando facienda propriis sumptibus, aut præstanda dumtaxat patientia. XI.

Utrumque si iussus dominus neget, fit condemnatio quanti interest, prævio actoris iuramento in litem, quo damnum æstimetur. XII.

Competit actio domino fundi, eique soli: esto detur utilis emphyteutæ & fructuario & quatenus utrinsque utilis *aut* directa. XIV.

Datur adversus fundi dominum directa; utilis adversus vectigalem seu Emphyteutam. XV.

Aliquis tamen hac actione tenetur aliquando, etsi fundo alienato dominus esse desierit; & quomodo. XVI.

Ubi plures eiusdem fundi Domini agant, aut conveniantur: eos in partem agere, aut conveniri. XVII.

Superiorem actionem non in rem esse, sed in personam; & quare. XVIII.

I. AQuæ pluviæ arcendæ [1] actio & ipsa remedium est, damni futuri arcendi, & cum inciderit, farciendi caussa, quod nisi hac actione instituta consequi non liceret a vicino, a cuius agro aqua emissa vicinis nocuit. Habet hæc actio hoc commune cum superioribus remediis duobus, quod & hæc actio ut illa remedia, est de damno nondum facto, ut futuro occurratur. *L.* 1. *§. hæc autem.* Hoc differt, quod superiora remedia proposita sunt de omni re atque opere, unde damnum metuitur. Hæc actio specialis est, pertinetque ad ea opera solum, quibus aqua pluvia potest nocere. Sed & habet specialiter, quo differat ab utroque. Nuntiatio novi operis remedium est adversus futura opera, & nondum facta, ne fiant. *L.* 1. *§.* 1. *D. de op. nov. nunt.* Hæc actio de opere iam facto, ex qua damnum time-

[1]) Quæ vocatur legitima *L.* 22. §. *ult. hoc tit.* Est enim 12. tabb per *L.* 29 *de statu lib.* Duarenus *hoc tit. Cap.* 1. Cuiacius ad *L.* 77. *de V. S.* vid. de ea Cœpolla *de Servit. rust. Cap.* 5. P. Greg. 4. *Synt.* 17. Io. Tavard. *de Interd. ad hunc tit.* Nic. Valla *de Reb. dub. Err.* 8. *n.* 7.

timetur. *L. 1. §. hæc autem, D. de aq. pl. arc. act.* Stipulatio damni infecti de opere etiam iam facto ita utiliter competit; ut tamen ea stipulatione non restituatur opus, & damnum sarciatur, quod ante contigerit, quam agatur. Hac actione id agitur, ut opus restituatur, quod nocere potest, & damnum sarciatur quod post actionem institutam contigerit, non ante; utrumque sine stipulatione, qua de his rebus cautum sit. Quæ qualia sint, ex his quæ de hac actione dicturi sumus, melius & opportunius suis locis intelligetur.

II. Actionis summa hæc est. Actio aquæ pluviæ arcendæ (sic enim nominatur in *L. 1.* in pr. & passim, sub eodem *tit. D.*) tunc locum habet, cum manu facto opere in privato, inde aqua pluvia agro vicino nocitura est. *L. 1. §. hæc, autem, §. in summa, D. eod.* Proposita domino eius agri, in quo id opus factum est, de quo agitur. Sic dicta, quia id agitur, ut aqua quæ nocere potest, arceatur a vicino, idest, coerceatur, & cohibeatur, ne ut ante, in vicinum agrum influat. *d. L. 2. §. penultim. L. si ususfructus, 22. §. 1.* Hæc summatim. Nunc explicatius quid valeat, contineatque superior definitio, cognoscamus. Cuius partes distincte & sigillatim expositæ, naturam ac vim actionis aperient, probatæ confirmabunt. Et in ea duæ hæ partes observandæ sunt, quæ & in cæteris actionibus: caussa actionis, & actionis genus, in quo hæc insunt, quam ad rem constituta sit hæc actio, quibus, & adversus quos.

III. Caussa actionis superior quatuor [2] exigit, aquam pluviam, quæ vicino noceat, nociturave sit; opus manu factum quo aqua noceat; locum certum, in quo id opus factum sit; locum item certum, cui eo opere & aqua noceatur. Primum exigit ut aqua noceat [3] nociturave sit. *d. L. 1. §. hæc autem, §. in summa, eod.* Nocet aqua vicinis aut nocere potest, quæ ex agro nostro immittitur in vicinos agros, cum prius in eos non flueret; aut cum prius flueret, facimus ut maior, aut citatior & vehementior in eos influat. *d. L. 1. §. hæc autem, §. idem aiunt, 1. D. eod* Proinde non nocet ea, quam in nostro inventam ibi [4] retinemus, aut vicino superfluentem in nostrum derivamus. Neutro enim modo ex his aqua immittitur in alienum, aut efficitur ut ad alium perveniat nocendi caussa. Idcirco aquam pluviam in suo retinere, ne perveniat ad vicinos, vel superfluentem ex vicinis in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse placuit, nec quemquam hoc nomine teneri. *L. 1. §. iidem aiunt, 2. eod.* Non tamen quævis aqua nocens coercetur hac actione, sed aqua pluvia. Dicitur autem aqua pluvia nocere, non tantum cum aqua solum pluvia est, idest, de cœlo cadit, sed etiam cum ea aqua est, quæ pluvia & imbre [5] crescit. *d. L. 1. §. 1. §. in summa, eod.* Crescere autem intelligitur, quæ aut pluvia colorem mutat, aut augetur. *d. L. 1. §. in summa.* Quapropter si quis aquam ex fonte, aut puteo educens derivet in vicini agrum, etsi nocet vicino, tamen hac actione non tenebitur, sed negatoria agendum est, qua actor intendat ius non esse vicino ita aquam immittere in suum. *L. sicut, §. Aristo, D. si ser. vind.* Notandum, non hic exigi, ut aqua pluvia noceat, satis est ita comparatam esse, ut nocitura sit, seu ita opus factum esse, ut aqua pluvia vicinum attingens possit ei nocere; denique id opus, ex quo timeatur damnum, *d. L. 1. §. hæc autem. L. vicinus, 24. D. eod.*

IV. Exigit secundo loco caussa huius actionis, ut aqua pluvia ex nostro defluens alieno noceat non naturaliter, sed opere manu facto. *d. L. 1. §. hæc autem, §. in summa, eod.* Naturaliter si ex nostra aqua defluat in vicinum, etsi vicino nocet, impune nocet, nec illi adversus nos ulla actio est eius aquæ arcendæ caussa. Factum enim suum quisque non naturæ præstare debet. Sed & hæc in agris servitutis inesse intelligitur natura, ut semper inferior serviat superiori ad aquam quæ ex superiore fluit, excipiendam. Atque in eo æquitas hæc est, quod si quod in eo incommodum est inferioris agri, id inferior compensare debet cum alio incommodo; quod omnis pinguedo terræ ex superiore ad inferiorem cum aqua decurrit. Hoc ad hanc sententiam in *L. 2. §. alt. eod.* Sed etsi vitio loci pars aliqua soli subsederit, per quam caussam aqua pluvia inferiori noceat; quia natura loci hoc sit, non opere facto, dicendum, nullam hic competere actionem. Idemque est, etsi quod in

2) 14. Requisita refert Cœpolla *d. C. 5. n. 2. 3. & 4.*
3) Hæc actio futura damna respicit *L. 14. §. 2. hoc tit.* Cœpolla *d. Cap. 5. n. 5.* nec datur tantum de damno dato vel facto, ut male Duarenus *hoc tit. C. 2.*
4) Quid igitur si cum iam diu aqua ex prædio vicini influxisset in agrum meum, an potest vicinus eam divertere, aut in suo continere, si inde mihi damnum, vid. Nic. Valla *de Reb. dub. Ir* 8 *n.* 7.
5) Et flumen quod imbre excrevit, vocatur aqua pluvia, ut ostendit Cic. *in Top.* vid. Duar. *hoc tit. C.* 1. Cuiacius 27. *Obs.* 24. Nec necesse est in *d. L. 1. §.* 16 pro *increscit* reponere *ingrescit*, ut Rad. Fornet. 1. *Rer. quotid.* 15. *& seqq.*

in agro manu factum erat, subsederit. *L. Atteius*, §. 1. *D. eod.* Sane si quid hic naturaliter factum sit, quod vicinis noceat, mutari autem possit, & in priorem statum restitui ita, ut domino agri, in quo id accidit, restitutio non noceat; etsi summo iure de eo restituendo cum vicino agi non potest, tamen placuit æquitate suadente actionem in eam rem admitti, non ut vicinus restituat, sed ut restitui patiatur. In quo hæ duæ species exceptæ sunt a veteribus. Una si aggerem qui in fundo vicini erat, vis aquæ deiecerit, per quod effectum sit, ut aqua pluvia mihi noceret, & vicini postulent eum aggerem suis sumptibus restitui. De qua specie est in *L.* 1. §. *item Varus*, & §. *quamquam*, *seq. eod.* Altera, si aqua fluens iter suum stercore, aut terra aggesta obstruxerit, ut ex restagnatione superiori agro noceat; dominus autem superioris agri agat cum inferiore, ut sinat purgari. De qua specie in *d. L.* 1. §. *apud Namusam*, *eod.* Cæterum si quod opus manu factum sit, quo facto aqua possit nocere, nisi quid hic nominatim excipiatur; de quo mox; omne hac actione tenetur. Usque adeo ut si quis opus fecerit aquæ excludendæ caussa, quæ exundante palude in agrum eius refluere solebat; si ea palus aqua pluvia amplietur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat; placeat aquæ pluviæ actione cogi eum tollere. *L.* 1. §. *Neratius*, *eod.*

V. Aliud placuit, si quis opus in suo faciat aquæ avertendæ caussa vel fluminis vel torrentis: ***dum scilicet id agit, non ut excludat*** eam quæ in eius agrum restagnare soleret; sed ut prohibeat imminentem, ne in suum influat. Hoc in *L.* 2. §. *penult. D. eod.* cuius rei ratio hæc ***ibi*** redditur ex Labeone, quod ***aquam arcere*** hoc sit, ***curare ne influat***. Quæ aliena videri potest ratio, ac potius contra eum facere, qui id opus fecit, quasi & hic debeat arcere istam aquam, idest, curare ne in alienum influat. Sed bene congruit, & efficit quod est propositum. Habet enim hanc vim; si ius hac actione consultum esse vult vicinis, ne aqua ad eos perveniat secus, quam ante fluxit: non dubium quin & opus facienti consultum esse velit, ut & ipse aquam arceat, idest, curet ne aqua imminens in suum influat. Et certe multum interest, utrum quod quis in suo iam habet, exoneret in alienum; an quod veniat extrinsecus, avertat, ne admittere cogatur. Qui exonerat quid in alienum, is in alienum immittit: quod nulli licet. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vindic.* Qui avertit & arcet quid a suo, is vim illatam propulsat, quod omnibus facere concessum est, etiamsi in ea re caussam damni alii dent. *L. scientiam*, §. *si quis cum*, *D. ad leg. Aquil.* *L.* 1. §. *vim vi*, *D. unde vi*.

VI. Tertium exigit caussa huius actionis, ut opus factum sit in privato; in publico si fiat, cessat hæc actio: sic tamen, ut si opus in privato factum sit, & publicum interveniat, de toto agi possit aquæ pluviæ arcendæ. Quod intellectum est ex eo, quod hac actione non tenetur, nisi dominus solus. *L.* 3. §. *penult. L. si in publico*, 18. *D. eod.* Sed & in privato non quovis opus factum esse oportet, verum in agro, aut certe in loco, aut ædificio rustico: quod si aqua ex ædificio urbano nocebit vel agro vel ædificio, hæc actio locum non habet, placetque generali utendum, quæ est de stillicidiis & fluminibus. *L.* 1. §. *item sciendum*, 2. in fin. *D. eod.*

VII. Postremo & ad caussam huius actionis pertinet, ut aqua pluvia agro item seu fundo noceat: ut si ædificio, vel oppido nocebit, cesset actio: quo casu placet item agi posse generali illa superiore de fluminibus & stillicidiis: hoc item in *d. L.* 1. §. *item sciendum*, 2. in princ. *eod.* ubi & actio de fluminibus & stillicidiis demonstratur, ut sit ea, qua agitur ius non esse vicino stillicidia & flumina in nostrum immittere: quo significatur notari hic generalem actionem negatoriam de servitutibus, qua & in hac specie de arcendis stillicidiis & fluminibus vicinis agitur. Hoc enim nomine actio negatoria competit, si quis in nostrum quid immittat, quod ei non liceat iure servitutis. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.*

VIII. Superiora cum concurrent, tum denique huic actioni locum dabunt. Quædam tamen opera, & quædam immissiones hic exceptæ sunt, ut cum in his opere facto in nostro aqua pluvia nocebit vicinis, non tamen ea opera hac actione aut ulla alia teneantur. Excepta autem hæc quinque. Primum omne opus quod agri colendi caussa factum sit. *L.* 1. §. *de eo opere*, *D. eod.* neque refert, frumenti quærendi caussa factum sit, de quo refertur Trebatii sententia in *d.* §. *opere:* an vero frugum fructuumque quorumcunque percipiendorum caussa; quod probatur de sententia Labeonis in *d. L.* 1. §. *Labeo*, ac ne quidem interest utrum opus factum sit aratro, quod Mutius adiiciebat, ut est in *d. L.* 1. §. *de eo opere:* an vero manu, ut refertur sententia Sabini & Cassii in *eod.*

ead. L. 1. §. *Labeo*, verf. *item Sabinus*. Colendi autem agri cauffa factum accipere debemus, quidquid eiusmodi neceffe eft facere, ut fine eo arare quis aut non poffit, five fint foffæ, five fulci aquarii. Quidquid horum factum eft, quanvis inde aqua emiffa noceat vicino, placet eum qui fecit, hac actione non teneri: dum tamen si quis fulcos directos facit agri colendi cauffa, ita faciat, ut fulci in unam partem pergant, ne pluribus locis aqua emiffa magis vicino noceat; quod ad culturam agri facere non eft neceffe: probatur hæe fententia in *ead. L.* 1. §. *fed etfi quif.* quanvis vifus effet Mutius [6] diffentire, cuius refertur fententia *ead. L.* §. *fed & foffas*. Eadem si fiant in prato, quia non fiunt arandi, ferendive cauffa, ad hanc exceptionem non pertinent. *L. vicinus*, 24. *D. eod.* Secundo loco excepta ea opera, quæ aquæ emittendæ cauffa facta funt publica auctoritate: puta conceffu principis, eorumve, penes quos ea poteftas eft. *L.* 2. §. *Caffius*, *L. quod principis*, 23. in princip. *D. eod.* Tertio ea opera, quæ facta funt ab iis, qui primi agros conftituerant. *d. L. quod principis*, in princ. Merito: nam domini ab initio hanc legem rebus fuis imponere potuerunt. Adde, quod quibus patientibus opus factum eft, ex quo his aqua pluvia noceat, his in univerfum aquæ pluviæ arcendæ actio non competit. *L. Labeo*, 19. *D. eod.* Quarto ea, quæ quis in fuo facit, non egerendæ, fed avertendæ aquæ cauffa, quæ prius in eius agrum influere non foleret. *d. L.* 2. §. *penult. eod.* Poftremo omnia opera eius aquæ derivandæ cauffa facta, quam domino iure fervitutis vicinis agris impofitæ in eos agros immittere liceret. *L.* 1. §. *ult. eod.* Tria autem funt, inquit Paulus in *L.* 2. in princ. per quæ inferior locus fuperiori ad aquam eius excipiendam fervit: *lex*, *natura loci*, *vetuftas*, *quæ femper pro lege habetur minuendarum litium cauffa*. Legem vocat, pactionem qua fervitus impofita eft vicino fundo. Natura loci hæc eft, ut fi aqua ex fuperiore fundo naturaliter decurrit; hanc inferior excipere debeat, & hactenus ferviat fuperiori. *L.* 1. §. *ult.* Sed hæc pars ad opera manu facta, de quibus agimus, non pertinet. Vetuftatem dicit, vetuftatem operis facti, quo aqua pluvia nocet vicinis: & eam vetuftatem hic intelligit, cum non exftat memoria, quando id opus factum fit. Ut indicat in *ead. L.* 2. §. 1. Unde illa quæftio, quando non exftet hæc memoria. In quo ita definit in *L.* 2. §. *item Labeo*, *antep.* tunc videri non exftare, cum non fuperfunt, neque qui viderint, & meminerint factum, neque qui audierint eos, qui memoria tenerent. Ergo quodcunque id opus eft, cuius initii memoria non exftabit, hoc fentit Paulus id iure quem in fuo habere, & quanvis inde aqua corrivata vicino agro noceat, eum hac actione non teneri. Veluti, fi quis foffam veterem in fuo fundo habeat aquæ excipiendæ cauffa, quæ deinde defcendat in inferiorem, aut in vicinum reftagnet. Et quidem de hac foffa aquæ pluviæ agi non poteft, ut reftituatur, ut oppleatur foffa, quam ad rem præcipue hæc actio comparata eft. Sed hactenus dabitur adverfus dominum, ut ea foffa purgetur, ut declaratur in *ead. L.* 2. §. 1. & §. *apud Atteium*. Neque hæc contraria funt. Ut enim non exftet foffæ memoria: femper tamen conftat non longum tempus fuiffe, cum non ita effet immunda, ut aqua in ea redundaret, cum prius id factum non effet.

IX. Sed utrum cum domino foffæ ita actio eft, ut eam purget fuis fumptibus, an hactenus, ut patiatur ab actore purgari, & in priftinum ftatum redigi? videntur enim hic duo *paragraphi d. L.* 2. inter fe diffentire. §. 1. & §. *apud Atteium*, Et obfervanda eft diftinctio, quæ illis duobus inducitur: quæ vulgo parum animadverfa fententiam illis inexplicabilem fecit. Intereft, utrum foffa vetus quæ eft in agro alicuius, comparata fit non eius tantum agri, fed & vicinorum ficcandorum cauffa. Qua de fpecie agitur in *d.* §. 1. *L.* 2. an vero habeatur ea foffa eius tantum agri cauffa, in quo facta eft; ut fi ea foffa fit, ex qua ad inferiorem fundum aqua defcendat. Quæ fpecies proponitur in *d.* §. *apud Atteium*, *L.* 2. Si vicinorum agrorum omnium exficcandorum cauffa foffa facta eft, recte dicitur quifquis ex vicinis aget cum domino foffæ, ut foffa purgetur, hactenus eum agere poffe, ut foffæ dominus aut eam purget, aut patiatur eam refici: quia & foffa actoris cauffa facta eft, quamobrem cum & in ea refectione de re eius agatur, etiam eius purgationis, quam poftulat onus agnofcere debeat, quæ fententia eft *d.* §. 1. *L.* 2. Quod fi foffa eius tantum agri cauffa facta fit, in quo habe-

6) Nulla diffenfio; Sulcos rectos qui in unam partem vergunt, facere licet *d.* §. 5. non autem aquarios tranfverfos *d.* §. 9. *L.* 24. §. 1. *hoc eft* qui limite vid. A. Aug. 4. *Emend.* 16. Sed nec qui ita arat ut per fulcos & porcas, (id eft elatam tellurem inter duos fulcos, Pius Anton. Bartholin. *Auctar. Cap.* 16. male in vulgatis *porras* haberi fcribens) aqua defcendat, hac actione tenetur *d. L.* 24. *pr.*

habetur, commutatur utilitas actoris, & recte dicetur non debere postulari ab eo, ut onus fossæ purgandæ ferat, ad quem fossæ commodum non pertinet. Quæ rursum sententia est *d. §. apud Ateium. L.* 2. Distinctio ex certa ratione æquitatis ducta, quæ efficit, ut cuius commodum est, eius & incommodum esse debeat, ut in emptione, & contra, *§. cum autem. Instit. de empt. & vendit.*

X. Cum nihil illorum obstabit, quæ excepta diximus, & superior caussa per omnia concurret, quæremus quod in altera parte spectandum esse proposuimus, quodnam sit hoc genus actionis, id est, cuius rei caussa, quibus, adversus quos competat. Constituta est hæc actio duarum rerum nomine, ut opus quod factum est restituatur, & ut sarciatur damnum, quod post litem contestatam contigit. *L. si tertius*, 6. *§. officium*, *D. eod.* Ut restituatur opus: sed id quod factum est ante litem contestatam, de quo ipso scilicet restituendo actum est. Opus si post litem contestatam factum sit, de eo novo iudicio agendum est. De eo quod post sententiam futurum est, damni infecti caveri oportet, aut ita opus restituendum, ut nullum periculum damni supersit. Hæc in *L. Ateius*, 14. *§. ult.* & *§. pen. D. eod.*

XI. Restitutio autem operis eo spectat, ut coerceatur aqua, quæ opere facto nocebat, aut nocere potuit. Nec vero aliter restitutum opus videtur, quam si aqua ita coercebitur. *L. si usufructus*, 22. *§.* 1. *D. eod.* Atque hinc actioni nomen, ut initio dixi. Nam arcere aquam, est coercere ac cohibere, curare denique ne influat, *d. L.* 2. *§. pen. eod.* Id autem efficitur restituto eo opere, quo fiebat, ut ita aqua influeret. Sed petitur hæc restitutio non uno modo ab omnibus iis, cum quibus hac actione agitur. Alias ut is cum quo agitur restituat ipse opus suis sumptibus; alias ut patientiam tantum præstet restituendo operi, quod actor si volet, restituet suis impensis. In quo hæc distinctio est. Si dominus opus fecit, quo aqua nocet, sua impensa tollere cogendus est. Si alius qui ad eum non pertinet, sufficit, ut patiatur actorem tollere, ut, si emptor conveniatur de eo opere, quod a venditore fundi factum est: dominus de eo, quod factum est a colono, aut fructuario, vel aliis. *L.* 6. *§. ult. L. is cum quo*, 7. *L. supra*, 11. *§. apud*, *L. emptor*, 12. *L.* seq. *D. eod.*

XII. Quid si dominus iussus restituere opus, aut restituentem pati, non restituat, aut patiatur restitui? Non aliud hic officium iudicis est, quam ut eum cum quo agitur, condemnet, ut fit in omnibus faciendi obligationibus, idque ita faciendum esse diserte scriptum est in *L. vicinus*, 24. illic, *sed etsi fossas*, *D. eod.* Est autem condemnatio in pecuniam numeratam, id est, in id quod actoris interest factum id esse quod debuit. Quæ omnium faciendi obligationum lex & condemnatio est communis. *L. si quis ab alio*, in pr. *§. ult.* in fin. *D. de re iudic.* At quanti aut potius quomodo æstimabitur damnum futurum quod nondum datum est? Iurabit actor in litem deferente iudice, ut tanti lis æstimetur, quanti id se æstimare iuraverit, ut fit in iis actionibus in quibus restitui quid oportet officio iudicis. *L.* 2. *L.* 5. *D. de in lit. iur. L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vindicat.* Ad hoc enim ipsum damnum utraque persecutio superior aperte pertinet. Restitutio quidem operis omnino: quæ non alio spectat, quam ut restituto opere, futuri temporis periculum & damnum arceatur. *L. Ateius*, *§.* 1. *d. L. si usufructus*, *§.* 1. *D. eod.* Nam damnum si quod ante datum sit, non efficiet ulla sequentis temporis restitutio, quominus datum sit, & datum perseveret. Damnum autem quod præstatur, aperte actioni futurum est, cum non liceat agere nisi de opere restituendo, quod iam factum sit; in actionem autem non veniat, nisi id damnum, quod post litem contestatam, id est, post institutam actionem contigerit. Nam de damno præterito non competit hæc actio.

XIII. Ex iisdem præstationibus intelligimus, quod initio attigi, quam sit actio aquæ pluviæ arcendæ dispari effectu ab operis novi nuntiatione, & damni infecti stipulatione, quæ & ipsa remedia sunt ad damni futuri quod ab alienis rebus veremur cautionem comparata. Nam ut restituatur opus quod quis iure factum habet in suo, neutro ex prioribus illis præcise agitur. Ex stipulatione quidem damni infecti nullo modo: qua non cavetur ædes ruinosas, aut opus vitiosum tolli, si de vitio ad futuri damni metum constare cœperit, sed damnum tantum si quod inde contigerit, præstitum iri. Ex operis autem novi nuntiatione etsi opus postea factum restituitur interdum, non tamen semper. Satisdatione enim interposita de opere restituendo, si is qui ædificat ius ædificandi non habet; aut remissa nuntiatione quatenus ei ædificandi ius est; apparet his casibus nullam esse restitutionem operis, adversus eum qui ædificavit, si ius ædi-

ædificandi habuerit. At in hac actione, opus factum, quo aqua pluvia nocere potest, restituitur omnimodo, & quidem nulla de restituendo cautione interposita, quanvis maxime constet dominum esse, qui in suo quid fecerit. Quod ad damnum attinet, ita venit in hanc actionem futurum, ut nec de eo quod actionem institutam præcessit agere liceat, tantumque id veniat, quod litem contestatam sequitur. In caussa autem damni infecti venit quidem in stipulationem damnum futurum, at non in actionem quæ ex stipulatione competit: promittit enim qui cavet, si quid damni contigerit postea, se præstiturum. At non prius committitur hæc stipulatio, proinde nec prius ex ea agendi ius est, quam damnum contigerit, ut supra docuimus.

XIV. Competit hæc actio domino eius fundi, cui aqua nocere potest, non alii. Unde si is dominus, cui facto opere a vicino aqua nocere cœperat, qui idem habebat actionem aquæ pluviæ arcendæ, vendiderit eum fundum, cui damnum metuebatur, eveniet eodem tempore, ut prior dominus desinat actionem habere aquæ pluviæ arcendæ, novus habere incipiat. *L. 6. §. si quis prius. D. eod.* Nihil hic singulare aut speciale, ut Accursius putavit. Sic enim est caussa huius actionis, ut quoniam datur aquæ pluviæ arcendæ caussa, quæ fundo nocere potest, necesse sit ei dari, qui hoc periculum metuit, quandocunque opus factum sit a vicino: & ei qui non metuit, non dari. At hoc periculum iam amplius prior dominus fundo non metuit, qui dominus esse desiit: solus metuit novus, penes quem nunc dominium est. Ita fit, ut caussa actionis sublata, desinat actio priori domino competere: incipiat competere novo, in quem actionis caussa transiit. Significaturque satis hæc ratio in *d. L. 6. §. si quis prius.* Quod si quis eius fundi cui aqua nocet, neque dominus nunc est, neque prius fuit, nulla dubitatio est, quin ei non competat aquæ pluviæ arcendæ actio. Ideo nec fructuario competere eam non dubitatur. *L. 3. §. ult. D. eod.* Quia etsi ius habeat dominio proximum; dominum tamen non esse constat. *L. recte. D. de verbor. significat.* Hoc tamen sic acceptum est ut fructuario actio aquæ pluviæ arcendæ directa non competat, sed placeat utilem [7] dari. *L. si usufructus, 22. D. eod.* Multoque magis idem dicendum est iis qui in rebus alienis instar dominorum sunt, ut sunt emphyteutæ, & qui fundos vectigales possident. Idque est quod dicitur hæc actio etiam in vectigalibus agris locum habere. *L. quod principis, §. 1. D. eod.* Sed quibuscunque dixerimus competere hanc actionem, hactenus his competere sciendum est, si his ignorantibus aut deceptis opus factum sit. Quibus autem patientibus, & nec per errorem aut imperitiam deceptis (nam alioqui errantis nulla voluntas est) opus factum est, placuit his vicinum hac actione non teneri. *L. Labeo. D. eod.*

XV. Ut hæc actio soli domino fundi datur, cui aqua nocere potest: ita solum & adversus dominum fundi, in quo opus factum est, quo aqua nocitura sit. *L. 4. §. pen. §. ult. L. si in publico, D. eod.* Ideo uti non datur fructuario: sic nec competere adversus fructuarium. *d. L. 3.* in fin. *eod.* Quod tamen & ipsum de directa actione intelligendum est. Alioqui ut illi datur utilis, sic & adversus eum utilem dari placuit. X. *si usufructus, 22. §. 1.* Quocirca & adversus vectigalem dari multo magis dicendum est, quo & illud superius referri oportebit, quod dicitur hanc actionem etiam in vectigalibus agris locum habere. Hoc enim ita dictum est, ut intelligamus eam locum habere in utramque partem, id est, sive dominus agri vectigalis utatur hac actione, sive adversus eum agatur. *d. L. quod placuit, §. 1.* Quod si quis in horum numero non erit, quanvis ab eo opus factum sit, placet eum interdicto quod vi aut clam teneri posse, cæterum hac actione non teneri, ut si colonus fecerit, procurator, tutor. *d. L. 4. §. pen. & ult. D. eod.* Usque adeo: ut si dominus ipse, postquam opus fecit, fundum vendiderit, quatenus dominus esse desiit, desinat etiam hac actione teneri: agendum autem sit cum eo aut quod vi, aut quod clam, aut ex edicto, quod est de alienatione iudicii mutandi caussa facta. *L. Ateius, 14.* in pr. *L. post venditionem, 16. D. eod.* Additur, & de dolo actio in *d. L. Ateius.* Si annus præterierit, intra quem superiores actiones competebant, Quod & nunc locum habebit post constitutionem Constantini, qua actio de dolo intra biennium continuum constituta est, si annus præcedens utilis biennium hoc continuum non implevit: quo casu solum id tempus dabitur ad agendum de dolo, quod ex biennio continuo superest.

7) Duarenus *hoc tit. C. 1.* Rob. 2. *Rec. lect. 12. p. 317.*

XVI. Sic tamen dominus qui opus fecit in suo, re alienata non tenetur hac actione, si ante litem ex hac actione contestatam alienaverit. Iudicio autem aquæ pluviæ arcendæ semel suscepto perpetuatur adversus eum actio, sicut & cæteræ. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut. L.* 3. *§. idem scribit, D. de pec.* Quæ res facit, ut si fundum alienet postea, nihilominus & de damno præterito, & de opere restituendo iudicari adversus eum non aliter debeat, quam deberet iudicari, si nulla alienatio facta esset. *L.* 4. *§. Iulianus, D. eod.* Nam quod dicitur in *L. post venditionem*, 16. in fin. eod, *si ante quam noceatur, is cum quo actum sit, vendat, statim agendum cum emptore, vel intra annum cum eo, qui vendiderit, si iudicii evitandi caussa id fecerit*: in his verbis *is cum quo actum sit*, intelligere debemus eum cum quo actum sit, re iam alienata ante litem contestatam. Nam si post litem contestatam alienasset, non posset dici alienasse evitandi iudicii caussa: cum iudicium exinde perpetuum factum evitari non posset. Et vero de alienatione iudicii mutandi caussa facta tunc solum actio est, cum alienatio facta est iudicii futuri caussa, non eius quod iam sit. *L. ex hoc §.* 1. *D. de al. iud. mut. cau. fac.*

XVII. Si ex plurium fundo decurrens aqua noceat, vel si plurium fundo noceatur, quatenus singuli agant, & conveniantur, quæritur. Et placuit, ut sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur, & condemnatio in partem fiat: sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur, & in partem fiat condemnatio. Hoc in [8] *L.* 6. §. 1. *§. seq. D. eod.* Quod de condemnatione accipiendum est, quæ fit damni nomine, quod post litem contestatam datum est, item & operis non restituti nomine. *L. supra*, 11. *§. officium, D. eod.* Nam operis restitutio pro parte contingere non potest. *L.* 4. *§. ult. D. de verb. obl.*

XVIII. Ex his apparet eum qui actionem aquæ pluviæ habeat, eam propter damnum quod rei suæ metuat, habere: & qui hac actione tenetur, eum propter rem teneri, qua alienata teneri desinat. Neque ideo actio aquæ pluviæ arcendæ in rem est, sed [9] personalis, inquit Ulpianus, *L.* 6. *§. si quis prius*, in fin. ubi cum personalem opponat actioni in rem, dubitare non possumus, quin personalis verbo eam quæ in personam est, intelligat. Et recte in personam esse dicit, cum personales tantum præstationes habeat: unam de opere restituendo, alteram de damno præstando, quarum in utraque nihil nostrum aut ad ius nostrum pertinens petimus, quod proprium est actoris in rem: sed solum quod alienum est, ut nobis fiat, aut detur, quod est actionum in personam. *L. actionum, D. de obligat. & act.*

CAP.

8) Vid. Cuiac. 28. *Obs.* 17. & qui eum reprehendit Henr. a Suerin *Rep. lect.* C. 26.

9) In rem tamen scripta, ut vulgo DD. quos Duar. *hoc tit.* 8. scribit non intelligere, quid sit res scripta. Nec, inquit, regula perpetua; Actiones personales inhærent personæ, reales rem sequuntur. Nec ea re distinguitur personalis a reali, sed ab obligatione. Et actio ad exhibendum in personam est: datur tamen in eum qui possidet civiliter vel naturaliter, *ita* Duar.

C A P. X L I X.

Qui ex alterius persona teneantur, obligenturve: & in eo de fideiussoribus, mandatoribus pecuniæ constitutæ reis, deque eorum obligatione, quid ea propria habeat; item de exercitoria & institoria actione.

Transitio, & divisio. I.
Aperta voluntate obligantur ex aliena persona fideiussores, mandatores, constitutæ pecuniæ rei; & qui sint tales. II.
Summa eorum partitio, quæ sunt obligationis propria. III.
Leges contrahendæ obligationis duæ 1. ut principalis obligatio qualiscunque præcesserit. IV.
2. Ut qui ita obligantur, non accipiantur in duriorem caussam. Hoc quale sit. V.
Principali obligatione soluta, continuo solvi eius accessiones. De hoc alibi. VI.
Fideiussoriæ obligationis & aliarum accessionum beneficia duo, 1. beneficium ordinis, Quare hoc inductum. VII. IX.
Exceptio duplex, & quæ. VIII.
2. Beneficium divisionis. Hoc quid; cui bono introductum. X.
Et quatenus competat. XI.
Superiora beneficia amitti renuntiatione. Hæc in instrumento fideiussionis usitata. XII.
Navis exercitorem ex Magistri persona: Tabernæ ex persona institoris obligari Nominum explicatio. XIII.
Actio exercitoria & institoria unde ita appellatæ. XIV.
Illarum caussam esse tacitam obligationem prætoris edicto firmatam. XV.

I. Atque hæc nobis ex rebus nostris onera sunt, hæ obligationes, quibus non minus obstringimur, quam si ex persona nostra conveniremur: dissimilibus tamen ex caussis, quam ex illis quatuor, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. Est etiam cum ex aliorum persona obligamur non minus dissimilibus ex caussis. Obligamur isto modo partim volentes & consentientes, partim ignorantes & inviti. Ut ita obligemur, aut voluntas nostra facit, aut rei obligatæ possessio, aut sola conditio personæ. Ut obligemur voluntate nostra, fit partim voluntate aperta, partim tacita.

II. Voluntate aperta, cum alterius obligationem in nos suscipimus ita, non ut transferamus in nos, sed ut ei accedamus: fitque obligatio cui accedimus, principalis, nostra autem, [1] accessio. Huius generis accessionum, seu eorum qui voluntate aperta pro aliis obligantur, tres sunt species, fideiussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei. Qui omnes eodem pœne iure habentur, coniunguntürque in *L. ult. Cod. de constituta pecunia*, & *Novella*, 4. *de fideiussorib.* Fideiussores sunt, [2] adpromissores, id est, qui idem promittunt, promittendo fide sua esse iubent: unde nomen. Quos homines accipere

pere

1) Vocatur fideiussio accessio *L.* 3. *L.* 5. *pr. L.* 32. *L.* 34. *h. t. L.* 43. *de sol.* ac sequelæ locum obtinet *L.* 96. *de sol. L.* 5. §. 16. *de instit. act.* Hering. *de Fidei. C.* 3. *n.* 29. *& seqq.* Quia suscipitur aliena obligatio, salva obligatione debitoris principalis *L.* 5. §. 2. *de V. O. L.* 5. *L.* 23. *C. h. t.* Quo differt fideiussor ab expromissore, qui obligationem alienam suscipit liberato priori reo, novatione facta, aut eo nomine non obligato cum obligari debuerit *L.* 7. §. 8. *de dolo L. ult. ad Maced. L.* 4. *de cond. ca. da. L.* 4. §. 1. *de re iud. L.* 37. §. *ult. de op. lib.* ubi expresse distinguitur, ut & in *L.* 35. *de Contr. em.* §. 41. *I. de R. D.* atque ita reus principalis est, non accessorius, & vocatur quasi fideiussor *L.* 30. §. 1. *de pact. L. ult. D. Quod cum eo qui in al. pot.* vid. Cuiac. in *Nov.* 4. Vult. *pr. I. hoc tit. n.* 5. Gœd. *de contr. stip. Cap.* 5. *n.* 16 Valent. Franc. *de Fidei. Cap.* 1. *n.* 30. *& seqq.* Hering. *C.* 4. *n.* 21. *& seqq.* Qui vocatur vindex in veteri lege decemvirali: *Assiduo* (id est locupleti ab assibus, seu ære dando Agell. 16. *Noct.* 10. Palmer. *Spicileg. Epist.* 12. *pag.* 831. vel qui alicuius loci, dignitatis, meriti, Perrenon. 1. *Animadv.* 25.) *vindex assiduus esto*, qui nempe interveniendo a manus iniectione & nexu liberabat reum, Gœd. *ad L.* 234. §. 1. *de V. S. n.* 1. Ræv. *ad LL.* 12. *tabb. Cap.* 9. ubi reprobat eos qui vindicis vocabulo procuratorem, ut Boet. *in Top. Cic.* vel fideiussorem, ut Rain. Cors. 2. *Indag.* 7. intelligunt. Cæterum tametsi frequens & inconsulta fideiubendi facilitas damnanda, cum patrimonia multorum exhauriat, crebroque opulentos ad egestatem redigat, Unde illa, *Comes sponsionis miseria, & sponde noxa præsto est.* Quo & respicit passim Rex sapientissimus Salomon *Prov.* 6. *vers.* 12. *& seqq. C.* 11. *vers.* 15. *C.* 17. *vers.* 18. *C.* 20. *vers.* 16. *C.* 22. *vers.* 26. *& seqq. C.* 27. *vers.* 13. Nec inde tamen recte in universum officium damnat Conrad. Pellican. *ad d. Cap.* 6. *Prov.* & quia, inquit, confidit homini, pro quo fideiubet, & pollicetur nimis confidenter de futuris, de quibus Deus iubet ne simus soliciti. Quem satis refellunt Molinæ. *de Commerc. Quæst.* 32. *n.* 253. *& seq.* Hering. *de Fidei. Cap.* 1. Quin nec qui iuravit se nolle fideiubere, violare iuramentum si fideiusserit, volunt Gutierez. *de Iuram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 62. Serser. *Lib.* 1. *de Iuram. Cap.* 17. *n.* 26. *& seqq.* vid. Hering. *d. Cap.* 1 *n.* 56. *& seqq.* Sed & hoc officium gratuitum nec mercedem ab initio pro fideiussione pacisci licitum, ut contra Valasc. *Cons.* 18. & alios Hering. *Cap.* 26 *n.* 119. *& seqq.* licet ex post facto remuneratio accedens licite accipiatur, ibid. *n.* 134. *& seq.*

2) *L.* 43. *de sol. L.* 64. §. 4. *sol. matr.* quod idem cum altero promittant Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 5. *n.* 16.

ut præ-

gationum propria, diversa ab obligatione eorum, qui ex sua persona obligantur: propter quæ de horum obligatione separatim cognoscendum est. Est autem in his hæc summa partitio. Ex his enim quædam spectantur in initio obligationis contrahendæ: quædam in solutione obligationis contractæ; quædam in eius obligationis exsecutione.

VI. Initio ad contrahendam istorum obligationem hæ sunt leges duæ omnium accessionum propriæ. Una, ut fideiussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei pro quavis obligatione præcedente intercedere possint non solum civili, sed etiam [6] naturali: cæterum obligationem aliquam præcedentem [7] subesse oporteat, sine qua nulla sit istorum obligatio, quidquid erit, quantumque, & quomodocunque isti promittant. De fideiussoribus constat, traditum *Instit. de fid. L.* 1. *L.* 2. *L.* 1. *L. græce*, §. 1. 2. 3. *D eod.* constat & de pecuniæ constitutæ reis, traditum in *L.* 1. §. penult. & ult. *L. hactenus*, *D. de constit. pecun.* Non minus & de mandatoribus idem intelligendum est. Hæc enim est conditio mandati, ut qui mandavit, non aliter obligetur mandatario, quam si ille perfecerit mandatum, & quatenus perfecerit. *L. si mandata*, 45. in prin. *D. mand.* Ea res declarat, nisi creditor futurus, cui de pecunia Titio credenda mandatum erat, cœperit Titium ex ea caussa sibi debitorem habere, nullam ei actionem esse mandati adversus mandatorem, idest, nullam mandati, nisi præcedente obligatione principali cum Titio contracta.

V. Altera lex est affinis superiori, & ex eodem fonte nata, ut quæcunque & qualiscunque obligatio principalis præcesserit, possint qui pro aliis obligantur, in leviorem caussam [8] accipi, in duriorem non possint: quia sint accessiones principalis obligationis, nec possit in accessione plus esse, quam in re principali. *L. græce*, §. *illud*, *D. de fid.* §. [9] *fideiussores*, *Inst. eod.* Intelligitur autem in hac re durior istorum conditio, cum id agitur, ut plus

6) Quare & servus recte fideiussorem accipit *L.* 25. *de stip. serv.* tametsi servus non recte fideiubeat *L.* 19. *& seq. h. t.* Hering. *C.* 7. *n.* 292. *& seqq.* Pater autem filio natura obligatus non recte ei præstat fideiussorem *L.* 56. §. 3. *h. t.* vid. *d. C.* 7. *n.* 71. *& seqq.* Huc putant vulgo pertinere *L. Marcellus* 25. *h. t.* quam varii varie exponunt, Don *ad L.* 6. *de V. O. n.* 15. Charon. *ibid.* Cuiac. *ibid. & ad L.* 19. *de usuc.* Baro. *in L.* 32. *de pact.* Lonot. *ad L.* 3. *&* 2. *seqq. de R. I.* Rob. 2. *Rec. Lect.* 34. Ræv. 2. *Var.* 9. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 3. P. Fab. *ad L.* 5. *& ad L.* 129. §. 1. *de R. I.* Ant. Fab. 8. *Con.* 5. P. Greg. 24. *Synt.* 3. *n.* 29. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 23. M. Lycklama 6. *Membran.* 8.

7) Non accedit obligationi nulli *L.* 16. *pr. h. t.* Exempla *L.* 29. *L.* 47. *L.* 56. *pr. h. t.* Hering *C* 10. *n.* 18. *& seqq.* etsi iurisiurandi religio accesserit, quia eius vis non est ut aliquid faciat fingatque quod nec usquam est, nec futurum erit. Hering. *d. C.* 10. *n.* 94. His consequens videri poterat quod qui fideiussorem præstat, eo ipso se debitorem fateatur. Contra tamen recte statuit Hering *C.* 5. *n.* 158. *& seqq.* arg. *L.* 9. *de except. L.* 33. *de iudic. L.* 12 §. 1. *de acq. poss. L.* 37. *Fam. erc. & simil.* Accedit autem cuicunque obligationi regulariter, vid Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *Con l.* 23. honestæ tamen, licitæ, iuris auctoritate suffultæ, Hering. *C.* 10 *n.* 35. *& seqq.* Et omni negocio ut sigillatim demonstrat Hering. *d. C.* 10. *fere toto*, etiam si iure non debeatur, sed iudicis officio *d. C.* 10. *n.* 12. *& seqq.* itemque in caussis ultimarum voluntatum, (sic malo loqui quam ut Hering. in ultimis voluntatibus) Hering. *d C* 10. *n.* 304. *& seqq.* Sed nec in criminalibus penitus arceatur, vid. Menoch. *Arb. C.* 303. Gœd. *d. Concl.* 23 *n.* 392. *& seqq.* Valent. Franc. *C.* 3. *a n.* 201. *usque ad n.* 314. Hering. *C.* 10. *n.* 395 *usque ad n.* 456. Bronch. 4. *Ass.* 58. Farinac. *Lib.* 1. *Pr. crim. Tit.* 8. *Q.* 38. Quin & accessoriæ obligationi accedit, cum fideiussor pro fideiussore accipi possit *L.* 8. §. *ult. h. t.* sicuti & pignus pignoris consistit, Hering. *C.* 4. *n.* 48. *& seqq.* Nec sic accessio accessionis; nam quæ accessoria obligatio respectu prioris, eadem principalis ratione posterioris. Excepta autem præcipue caussa dotis conservandæ, in qua fideiussio nec ab uxore socerove exigi, nec etiam a marito sponte præstari potest *L.* 1. *&* 2. *C. Ne fidei. dot.* Quantumvis enim quoad posterius hoc diss Duar. *ad tit. Sol. matr. C.* 4. aliique, quos refert Hering. *C.* 6. *n.* 155. rationi tamen Imperator. in *d. L.* 2. omni casu locus est, vid. Gœd. *de Contra. stip. C.* 6. *n.* 360. *& seq.* Valent. Franc. *C.* 4. *n.* 314. *& seq.* pulchre Hering. *C.* 6. *n.* 104. *& seqq.* Gomez. *in L. Tauri* 50 *&* 3. *seqq. n.* 26. Bald. *Novell. de dote privil.* 21. Gutierez. *de iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 21. Toming. *Decis.* 58. Fachin. 8. *Contr.* 76. Aliud in pignore *L.* 7. §. 6. *de don. int. vir. L.* 1. *Qui pot. in pig. L.* 45. *Sol. matrim.* quia id loco rei cedit, non ut fideiussor loco debitoris, Scipio Gentil. 1. *de Don. int. vir. C.* 21. Nec in eo dando contumelia est eadem, nec in reperiendo difficultas, nec idem incommodi metus. Non enim æque pignora petent se liberari, labescentibus rebus mariti, uti fideiussores, Hering. *d. loc. n.* 136. *& seqq.* Sane & contrahendæ obligationi sæpe accedit, ac ita principalem præcedit §. 3. *I. L.* 6. §. *ult. D. h. t.* Sed tunc vires accipit fideiussio non ex tempore stipulationis interpositæ, verum trahitur ad tempus obligationis principalis *L.* 57. *h. t.* Conna. 6. *Com.* 6. *n.* 10. Vult. ad *d.* §. 3. *n.* 2. ac interim eius ius in pendenti est *L.* 16. §. *ben. h. t.* præceditque magis quoad conceptionem verborum, quam quoad effectum. Quin & iuris intellectu semper posterior habetur, sicuti & codicillus sequela testamenti, etsi ante id conditus sit, Hering. *C.* 11. *n.* 186. *& seqq.* Et ante contra fideiussorem agens incidit in pœnam plus petitionis, Hering. *C.* 22. *n.* 21. *& seqq.*

8) In partem enim pecuniæ vel rei accipi potest *L.* 9. *h. t.* nec opus ut eandem summam debeat, Hering. *C.* 10. *n.* 67. Eiusdem autem rei nomine, totius vel partis, necesse est interveniat, alias nihil agitur, si in aliam obligationem accipiatur, ut si pro debitore fundi quis fideiubeat de Sticho &c. *L.* 8. § 8. *L.* 42. *h. t. & simil* vid. Hering. *C.* 24. *n.* 19. Ad interesse vero seu pecuniam intercedere potest, si principalis factum debeat, quia idem promitti censetur, non aliud. *d. C.* 24. *n.* 26. *& seq.* & Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 441.

9) Non potest plus debere re, loco, tempore vel caussa, Hering. *C.* 24. *n.* 31. *& seqq.* Nec quidquam hic aget iuramenti accessio ut in plus teneatur, quam principalis, quia iuramentum etsi robur ac firmitudinem addat contractui, non tamen per id contractus a natura sua degenerat, Vasq 1. *Contr.* 40. *n.* 7. Setser. *Lib.* 1. *de iuram. C.* 25. *n.* 39. *& seq.* diss. Hering. *C.* 24. *n.* 145. Sed num in ampliorem summam acceptus tenetur saltem pro parte concurrente? Quæstio anceps ob par fere utrinque & auctorum patrocinium & rationum pondus, ut videre est ex adductis hinc inde ab Hering. *C.* 24. *n.* 52. *& seqq.* Cui affirmans sententia magis placet *n.* 65. *& seqq.* Et recte per *L.* 22 *C. h. t. L.* 33 *Mand.* & imprimis *L.* 11. §. 1. *de const. pec.* Quæ licet de constituto loquatur. Unde ad eam Vasq. 1. *Ill. Contr.* 40. *n.* 5. alias consentiens respondi posse putat, sæpe etiam paribus caussis dispar ius constitutum reperiri, nec argum. ex *L.* 32. *ad L. Aq.* procedere nisi in dubio, quod tamen duriusculum mihi videtur semper, imo putanti diversi iuris in casibus, qui videntur

plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. *d. §. fideiussores*. Nam quominus efficacius obligentur, dum debito accedant, nihil prohibet. Unde & obligationi naturali accedere possunt: ubi tamen cum ex obligatione naturali nulla sit actio, tamen fideiussor ex stipulatione iure civili [10] obligatur. De fideiussoribus maxime superior lex tradita est. Sed non minus & ad pecuniæ constitutæ reos pertinet. *L. id quod, D. de pec. const.* Nec minus ad mandatores, cum quibus diximus agi non posse, nisi de eo quod is debet, cui mandatu eorum pecunia credita est, & quatenus est credita. Denique hi omnes cum sint accessiones, eadem lege, & eodem iure accessionis tenentur, quo fit, ne plus sit in accessione, quam in re principali. *d. §. fideiussores, Inst. de fid.* Ideo & de iis qui pro aliis obligantur, generaliter superior lex concepta est in *d. L. græce, §. illud, de fideiussor.*

VI. In solutione & liberatione obligationis, qua superiores accessiones tenentur, commune hoc cum cæteris debitoribus, ut ex persona sua liberari non possint, nisi solvendo, aut creditori satisfaciendo, &, ut scribit Paulus, non possint facto suo tollere obligationem. *L. si servum, §. nunc videamus, D. de verbor. oblig.* At ex persona eorum, quorum nomine obligantur, quoniam ex eorum obligatione accessio pendet, hoc consequuntur sine ullo facto suo, ut liberato principali debitore, liberentur sua sponte & ipsi qui sunt accessiones. *L. in omnibus speciebus, 43. D. de solution.* De quo genere liberationis amplius dicendum est postea, cum de liberationibus & solutionibus disseremus.

VII. Executionem obligationis vocamus, cum obligatio ad rem & persecutionem iuris sui confertur, id est, cum convenitur qui obligatus est. *L. in executione, D. de verb. obligat.* In hac exsecutione duo beneficia fideiussoribus tributa sunt constitutionibus, [11] ordo conveniendi rei principalis, & fideiussoris; & inter plures eiusdem obligationis fideiussores actionis divisio. In ordine conveniendi rei & fideiussoris, si quidem conventionem sequeremur, hoc postulabat obligationis conditio, ut quoniam fideiussor simpliciter & sine ulla conditione promittit, liberum esse deberet creditori, utrum vellet prius convenire, reumne principalem, an omisso reo fideiussorem. Et ita etiam ius olim [12] fuit ante constitutionem Iustiniani. *L. 3. in prin. L. iure. C. de fid.* Hic primum beneficium ordinis humanitatis caussa fideiussoribus datum Novella Iustiniani, item reliquis accessionibus, ut prius reum principalem conveniat creditor, si videtur; ad fideiussores autem & mandatores, aut pecuniæ constitutæ reos prius pervenire non possit, quam si non possit aliter ad ius suum pervenire.

VIII. Quod duobus casibus accidit, quibus & ille conveniendi fideiussoris potestatem fecit. Uno, si absit reus, quo casu ita voluit fideiussorem conveniri, ut tamen si desideret sibi tempus dari, intra quod evocet, & adducat reum primo conveniendum; placeat ei quod satis sit dari, quod iudex pro locorum distantia, & itinerum difficultate aut commoditate statuet, ea lege: ut eo tempore transacto cogatur fideiussor respondere creditori, & con-

dentur affines, diversitatem rationis, saltem civilis assignari posse, nec etsi non a nobis queat, ideo nullam esse *L. 20. de LL.* (tamen *L. 8. §. 7. h. t.* verba generalia, *in universis qui pro aliis obligantur*, convincunt decisionem *d. §. 7.* non minus ad constitutum pertinere.) Quare *d. L. 8. §. 7.* qua se præcipue firmant qui diversum sentiunt, necesse est non tam huic sententiæ adstruendæ quam pugnæ LL. evitandæ, ita interpretari ut verba *omnino non obligari*, significent idem quod non omnino, id est *non in solidum*, ceu in simili omnes non, pro non omnes *L. 9. si quis caution. L. 5. §. 6. de op. novi nunc.* Duar. *ad d. L. 5. §. 6. & ad L. 1. §. 4. de V. O.* Gisan. *ibid.* Baro. *in §. 5. I. h. t.* & Mynsing. *n.* 8. Gilh. Reg. 2. *Enan. ultim.* Eman. Soarez. *in annot. ad Gomez.* 2. *Resol.* 13. *lit. A.* Bron. 4. *Ass.* 53. Quin imo P. Fab. *ad L. 14. de R. I. cir. fi.* quod in *d. §. 7. in fi.* habetur pro reo conditionali fideiussorem pure acceptum non obligari, sic exaudit; scilicet pure: sub conditione autem ea, sub qua reus debet, obligari sentit arg. *L. 49. §. ult. & L. 70. in fi. pr. h. t.* & quia in dubio facienda interpretatio ut actus subsistat, & quia nulla fit iniuria fideiussori, qui voluit fidem pro reo suam adstringere. Diss. Conna. 6. *Comm.* 6. *n.* 8. Gœd. *de Contr. stip. C. 4. n. 74. & seqq.* Valent. Franc. *de Fidei Cap. 4. n. 90. & seqq.* Fach. S. *Contr.* 51. & quodammodo M. Lycklama 6. *Membran.* 16.

10) Vid. *supra N. 7.* Item fideiussor potest se obligare iurisiurandi religione vel cum hypotheca, licet principalis simpliciter, Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 1. vid. Hering. *C.* 14. *n. 111. & seqq.* Treutler. *Vol.* 2. *Disp.* 28. *Th.* 4. *lit. F.*

11) Quia servato ordine, in conveniendo prius principali progrediendum, qui pervertitur prius convento fideiussore. Excussionis, quia inquiritur in bona, eaque discutiuntur, ut sciatur an creditori ex iis satisfieri possit. Sic excutere vires alicuius *L. 42. Mand. &c.* Hering. *C. 27. P. 1. n. 22. & seqq.* De quo cui, quando, quo casu tribuatur Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 14. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 40. Gœd. *de Contr. stip. Cap. 9. n. 95. & seqq.* Gutierez. *de Iuram. Confirmat. P. 1. Cap.* 23. Io. Bapt. Costa *de Facti scient. aut ignor. Distinct.* 84. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P. 4. §. 7.* Fachin. 8. *Contr. 52. & 4. seqq.* Gail. 2. *Obs. 27. & seq.* Tessaur. *Decis. 52. & seqq. & Decis.* 166. Frider. Pruckman. *Cons. 3. Vol.* 2. fuse Vinc. Caroc. *de Excuss. bonor.* Hering. *de Fidei. C. 27. P. 9.*

12) Don. *ad L. 2. C. h. t.* Hering. *d. C. 27. P. 1. n. 9.* Cuiac. tamen in *Nov.* 4. eo iure ut prius conveniatur debitor quam accessiones, semper usum fuisse fiscum *L. Moschis 47. de I. fisc. L. 1. C. de conven. fisc. deb.* & Rempublicam in conveniendo prius magistratu quam fideiussoribus *L. 3. §. ult. de adm. rer. civ.* Privatos eo uti desiisse, data constitutionibus electione conveniendi principalem vel accessiones, vel hypothecarum possessores *L. 14. L. 24. C. de pig. &c.* Quæ ex Cuiacio non laudato tradit Hortens. *ad L. 13. C. de pig. pag.* 264.

condemnatus satisfacere. Alter casus est, si præsens reus non sit solvendo, ut quatenus solvendo non est, eatenus conveniatur fideiussor, sive in totum, sive in partem. Sed de eo prius debet constare, reum non esse solvendo. Quod quoniam non aliter potest constare, quam si convento & condemnato prius reo, discussis in exsecutione iudicati eius facultatibus, & bonis quæ erant, venditis, compertum sit bona non sufficere æri alieno: ideo ex eadem constitutione nec præsente reo prius perveniri potest ad fideiussores, quam conventus sit reus, & eiusmodi discussione bonorum habita, constiterit eum non esse idoneum. [13] Hæc Iustinianus in *Novell.* 4. *de fideiussorib.* §. *si quis igitur*, & §. *non solum*. Cuius constitutionis summa comprehensa est in *authen. præsente. Cod. de fideiussorib.*

IX. Ratio quidem iuris summi hoc exigebat; ut quam conditionem semel accepisset fideiussoris obligatio; ea ad extremum servaretur creditori, neque eam invito eo immutare liceret, uti nec licet immutare eam, quæ pro debitore constituta sit. *L. vero*, 12. *D. de sol.* Sed humanum est, dum creditor suum consequatur, potius conveniri principales reos, quam eos qui officii tantum caussa intervenerunt, & velut subsidio, ne quid creditori de eo quod debetur, deperiret. Quod creditori non nocet, & fideiussoribus prodest, humanum & æquum est id fideiussoribus tribui. *arg. in L.* 2. §. *quamquam*, *D. de aq. plu. arc. act.* Et eo magis fideiussoribus quam aliis, quia præcipue hoc æquum est, dare operam ne cui officium suum sit damnosum. *L. si servus* §. *quod vero D. de furt.* Humanius etiam ex eo, quod nisi hoc beneficio proposito non facile debitor inveniat fideiussores, ac sine his non facile reperiat, qui sibi pecuniam credat. Sane si quis fideiussor pro alio intercesserit hoc modo, ut promitteret, quanto minus creditor a Titio debitore consequi posset: efficitur ipsis verbis stipulationis, ne prius conveniatur, quam si conventus fuerit reus principalis, sive præsens sit, sive absens, & sententia adversus eum dicta, ac discussis eius bonis constiterit eum non esse solvendo [14] *L. decem*, *D. de verbor. obligation.*

X. Divisionis [15] beneficium inter plures fideiussores [16] epistola quadam Hadriani Imperatoris iam olim constitutum: & hoc ipsum humanitatis caussa præter formam & conditionem obligationis, quæ ex verbis nascitur. Nam in pluribus eiusdem pecuniæ fideiussoribus singuli solidum promittunt, quod reus debet. Itaque conveniebat stipulationi, ut qui solidum promisit, ut debet solidum, ita & solidum solveret. Et quidem hæc obligatio est summo iure inter plures fideiussores: quæ etiam nunc manet. Sed Hadrianus primus æquitate rei motus epistola illa quam dixi, beneficium divisionis fideiussoribus tribuit, non simpliciter, ne fiat creditori iniuria; sed hac lege, ut si tempore litis contestatæ, quo tempore cum uno ex fideiussoribus agitur, alii solvendo [17] sint; possit implorare is, qui convenitur, ne ultra

13) Sunt & aliæ exceptiones quas prosequitur Hering. 4. C. 27. *P.* 1. *n.* 186. *&* *seqq.* Inter quas & illa si scienter & dolose se fideiussisse negaverit & mendacii convictus, arg. *L.* 10. §. 1. *h. t.* Tessaur. *Decis.* 50. Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 14. Hering. & quos citat *d. P.* 1. *n.* 210. *&* *seqq.* Item ex quorundam sententia si iurato fideiusserit, quæ tamen pugna non caret, vid. Gail. 2. *Obs.* 27. *n.* 22. *&* *seqq.* Caroc. *de Excuss. P.* 2. *Q.* 15. *n.* 6. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 1. Moll. 1. *Semestr.* 16. Fach. 3. *Contr.* 15. Setser. *Lib.* 1. *de Iuram. Cap.* 25. *n.* 61. *&* *seqq.* Hering. *Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 36. *&* *seqq.* Val. Franc. *Cap.* 5. *n.* 386. *&c.* Nec minor contentio est num hoc beneficio gaudeat qui se obligavit ut principalis. Negantem post Gail. 2. *Obs.* 28. & alios firmat Hering. *d. P.* 1. *n.* 67. *&* *seqq.* Flores Diez. *Var. QQ. Lib.* 1. *Q.* 11. Curt. 1. *Coniect. ad Fiv.* 13. Sed affirmans placuit Augusto Sax. Electori, *Nov. sua* 18. *P.* 2. eamque tuetur Cothm. *Iur. Resp.* 22. Num huic exceptioni locus inter mercatores? Fach. 8. *Contr.* 53. Hering. *d. lo. n.* 282. *&* *seqq.* affirmans contra communem. Sane etsi fideiussor ita acceptus, Si Titius intra diem præscriptum non solverit, reus prima excutiendus, Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 33. Et si inquietetur fideiussor, principali solvere parato, iniuriarum actionem dari, Hering. *Cap.* 22. *n.* 50. *&* *seqq.* Quid si dum non diu stetit obligatio fideiussoria, creditor monitus a fideiussore dum veretur reum lapsurum facultatibus ut debitum exigat id neglexit, vid. Hering. *Cap.* 20. §. 15.

14) Qui vulgo fideiussor indemnitatis, de quo & *L.* 21. *de sol. L.* 52. *pr. L.* 63. *h. t. L. ult. de reb. cred.* Atque hic exceptionem excussionis habet, non ex beneficio, sed natura conventionis, quia conditionalis debitor est. Gœd. ad *L.* 150. *de V. S. n.* 3. ideoque nec si omni legum beneficio renunciaverit, conveniri ante principalem potest. Vasq. *Ill. Contr.* 33. *n.* 7. Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 4. §. 7. *n.* 9. *&* 10. Val. Franc. *Cap.* 5. *n.* 169. Hering. C. 27. *P.* 1. *n.* 142. *&* *seqq.*

15) Confideiussores, qui in eandem summam se obligarunt, non si diversarum stipulationum fideiussores *L.* 43. *L.* 51. §. 2. *h. t.* Hering. *Cap.* 27. *P.* 2. *n.* 2. qui & consponsores dici possunt, idem *Cap.* 4. *n.* 64. *&* *seq.*

16) Immo ex edicto Prætoris Paul. 1. *sent.* 20. §. *un.* Resp. Hopper. *Lib.* 4. *ψευδαιων pag.* 223. Hadrianum non tam invenisse, quam confirmasse hanc divisionem, ita ut cum prius ex æquo & bono per Prætores concederetur *L.* 6. *de fid. tut.* nunc fortius per exceptionem, sed beneficio principis competat. Sed Hering. *Cap.* 27 *P.* 2. *n.* 12. *&* *seq.* locum Pauli de edicto perpetuo accipit, cuius auctor ipse Hadrianus, id per Salvium Iulianum componi curavit. Ita igitur hoc epistolæ D. Hadriani in edictum perpetuum relatum fuisse.

17) Sed num alleganti probandum confideiussores esse solvendo? Ita vult Vinc. Caroc. *de Excuss. bon. P.* 2. *Q.* 1. *princ.* Cautionem autem offerre potest ut suo periculo confideiussores conveniantur *L.* 10. *pr. h. t.* Vid. de hoc beneficio Hering. *Cap.* 27. *P.* 2. Amittitur inficiatione fideiussionis *L.* 10. §. 1. *h. t.* item iuramenti accessione, Caroc. *d. Q.* 1 *n.* 28 Habet autem hoc beneficium etiam qui se principalem constituit *L. ult. C. de const. pec.* vid. Hering. *d.* 2. *n.* 33. *&* *seqq.* item fideiussor fideiussoris ibid. *n.* 25. *&* *seq.* Quid autem si se singuli in solidum obstringant. Idem est *L.* 3. *C. h. t.* ubi Don. *n.* 7. vid. Hering. C. 17. *n.* 50. *&* *seqq.*

quam pro parte conveniatur, in eamque rem ex superiore epistola exceptionem habet. §. *si plures*, *Instit. de fid.* *L. inter plures*, *D. eod.* Beneficium ut humanitatis, ita & æquitatis plenum. Nam cum fideiussores pro alio officii caussa interveniant; danda fuit opera, ut quoad eius fine incommodo creditoris fieri potest, quam minime hoc officium fideiussoribus sit damnosum. Est enim hoc æquissimum. *L. si servus*, §. *quod vero*, in fin. *D. de furt.* Atqui divisione obligationis ita constituta ut supra, hoc ipsum accidit. Sublevat enim hæc divisio fideiussores, quos in partem debiti exonerat; creditori autem non nocet, cum admittatur hac conditione, si tempore litis contestatæ omnes solvendo sint. Quæ res facit, ut si quidam solvendo initio cum essent, ante solvendo esse desierunt, hoc creditori non noceat, sed hactenus cæteros fideiussores oneret. *d.* §. *si plures*, *d. L. inter plures de fid.* Quod si cum omnes tempore litis contestatæ solvendo essent, uno postulante divisa sit inter eos actio, & quidem postea solvendo esse desierint: efficitur quidem superioribus verbis, ut res ad onus eius qui solvendo est, non pertineat, ne beneficium partis illi ex epistola semel quæsitum ei auferatur. *L. inter eos*, §. *pen. D. de fid.* Sed tamen ne hoc quidem damnosum videri debet [18] creditori. Potuit enim cum omnes solvendo essent tempore divisæ actionis, omnes pro parte convenire, & suum consequi. Quod si non fecit, & quidam interim facultatibus lapsi sunt, culpa eius est. Quod quis culpa sua damnum sentit, sentire non videtur, ut est regula iuris. *L. quod quis ex culpa*, *D. de reg. iur.*

XI. Sed hoc beneficium conditionem habet, si fideiussor tempore litis contestatæ dividi actionem postulet. Qui si omissa huius beneficii [19] exceptione iudicium in solidum acceperit, beneficium frustra repetet postea, sed solidum cogetur solvere, uti & solidum ipso iure debuit. Qui si solverit, nullam habet adversus confideiussores de parte actionem. *d.* §. *si plures*, *Inst. de fid.* *L. ut fideiussor. D. eod.* Ita tamen, nisi ei a creditore actiones [20] cessæ sint: quod ut fiat, iure ab eo desiderare potest priusquam solverit, nec alia conditione solvere cogitur. *L. 2.* *L. cum alter*, *C. de fid.*

XII. Sed hæc beneficia ut alia omnia iure tributa ita sunt, nisi si his fideiussor pacto renuntiaverit; renuntiando [21] amittet. *L. pactum*, *D. de pact.* *L. pen. C. eod.* Hinc cautio consultorum creditorum molestias reum prius excutiendi, & divisæ actionis incommodum metuentium, usitata notariis in instrumentis fideiussionis, ut qui fideiussores accipiuntur, renuntient omni beneficio ordinis, discussionis, divisionis, quo liberum sit creditori, quos velit ex promissoribus, sive reum, sive fideiussores singulos, & quatenus velit, convenire.

XIII. Voluntate tacita ex persona alterius quanvis maxime extranei placuit obligari genera personarum duo, exercitorem navis, tum exercitorem tabernæ aut alicuius negotiationis. Prioris obligatio hæc est. Si quis quem magistrum navi præposuerit, quod cum [22] magistro eius rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit, de eo in exercitorem actio datur edicto prætoris, quæ ab eo in quem datur exercitoria appellatur. Hæc summa in §. *eadem*, *Instit. quod cum eo.* Edicti autem verba hæc fuerunt: *quod cum magistro navis eius rei nomine, cuius ibi præpositus est, negotium gestum erit, de eo in exercitorem iudicium dabo.* Illa verba, *quod cum eo*, intelliguntur ex *L.* 1. §. 1. & seqq. §. *navem*, *D. de exercit.* Illa, *eius rei nomine*, & cætera indicantur aperte in *d. L.* 1. §. *non autem*. Illa, *negotium gestum erit*, significantur in *d. L.* 1. §. *non tamen*, vers. *quid si mutuam*, & §. *quamquam*. sic sunt in edicto, quod

exstat

18) Sibi enim imputet creditor cur non tempore quo solvendo reliqui fuerunt, eos convenerit.

19) Num autem hæc exceptio dilatoria an peremptoria, & quo tempore opponenda tractat Hering. *Cap.* 28. *n.* 29. *& seqq* qui *&c.* 27. *P.* 2. *n.* 15. refellit Pichardum putantem etiam per viam actionis hoc remedium competere.

20) *L.* 36. *h. t.* idque non ex communi iure aut potestate obligationis, sed æquo & bono, arg. *L.* 2. §. 5. *in fin. de aq. pl. arc.* Don. ad *L.* 2. *C. h. t.* n. 3. Vid. de beneficio cedendorum actionum Coler. *de Proc. exs. P. C.* 2. *n.* 11. *& seqq.* Heig. *P.* 1. Q. 38. H. Pist. *Lib.* 1. Q. 48. Io. Kopen. *Decis.* 5. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 9. *n.* 114. *& seqq.* Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap. fi. P.* 4. §. 6. Hering. *Cap.* 27. *P.* 3. & quo tempore cessio fieri debeat *Cap.* 28. *n.* 34. *& seqq.* Dissent. Ant. Fab. 11. *Con.* 15. nove ceu Paradoxon adstruens exceptionem hanc non competere posse fideiussori, sive soli, sive confideiussori habenti.

21) Vid. Hering. *Cap.* 17. *n.* 28. *& seqq.* *Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 86. *& seqq.* De vi generalis renonciationis, Valent. Franc. *Cap.* 5. *n.* 364. *& seqq.* Mod. Pist. *P.* 4. Q. 163. Toming. *Decis.* 1. Io. Kopen. Q. 53. Ex constitutione Elect. Sax. D. Augusti 17. *P.* 2. ea non sufficit, sed specialis expressio requiritur, nominatis tamen quibusdam generalis renunciatio subiecta efficit ut & non expressa denegetur. Quin etsi beneficio ordinis specialiter renunciatum sit, si tamen æque facile exsecutio in bonis debitoris fieri possit, fideiussori subveniendum esse tentat Hering. *Cap.* 22. *n.* 57. *& seqq.* Non tolluntur hæc beneficia per clausulam consuetam *ἄνευ δίκης καὶ ἀγῶνος* *Alles treulich und sonder gefarde* Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 18. *P. n.* 3 Hering. *Cap.* 17. *n.* 25. Pruckman. *Vol.* 2. *Consf.* 3. *n.* 113. *& seq.*

22) Eius rei caussa cui magister præpositus est *L.* 1. §. 7. *de exerc. act.* vid. Doar. *ad h. t.* D Cuiac. 8. *ad Afric. in L. ult. h. t.* Confer Benvenut. Straccha *Tr. de Nautis.*

extat in *L.* 1. §. 1. *D. de pecul* illa, *in exercitorem iudicium dabo*, intelliguntur ex *d. L.* 1. §. *non autem*, & §. *exercitorem, de exercit.* Est autem exercitor navis is qui navem suo commodo exercet: idest, is ad quem quotidianus navis quaestus, obventiones & reditus omnes pertinent. *d.* §. *eadem, Instit. quod cum eo, L.* 1. § *exercitorem, D. de exercit.* Magister navis is, cui totius navis cura mandata est, sive hunc exercitor praeposuit, sive magister prior. *L.* 1. §. 1. §. *magistrum autem, D. eod* Qui tabernam aut negotiationem aliquam exercet, etiam adversus hunc prodita est actio edicto praetoris eo nomine, si quid cum institore quem praeposuit, eius rei caussa cui institor praepositus erit, contractum fuerit: atque haec ab institore qui praepositus est, institoria nominatur. Hoc in *d.* §. *eadem, Instit. quod cum eo.* Est autem institor, qui tabernae aut cuilibet alii negotiationi praepositus est: dictus ex eo, quod negotio gerendo instet. *L.* 3. 4. 5. *D. de institor.* Itaque prior actio ab eo qui praeposuit, exercitoria dicta est: posterior ab eo, qui est praepositus, institoria.

XIV. An quod magis & notabilius teneatur priore actione dominus, qui magistrum praeposuit navi; quam posteriore dominus, qui praeposuit institorem tabernae? aut an quia minus est in administratione magistri, qui navi regendae adhibitus est; praestantius autem aliquid in institore, qui praepositus est negotiationi? Nihil horum his nominibus caussam dedit, sed solum 23 commoditas sermonis, quae hanc inclinationem verborum requirebat. Ab utro autem appellaretur utraque actio dominone, an eo, qui praepositus est, dum ab uno notata intelligeretur, ad rem nihil interest. Ab exercitore recte dicitur exercitoria; a magistro autem non recte magistratis, certe non ex usu latinorum. Rursum ab institore recte dicitur institoria, eadem analogia, qua ab exercitore exercitoria. Ab eo autem qui institorem praeposuit, ne nominari quidem potuit, quia in hoc negotio ei qui praeposuit aliquem tabernae aut negotiationi nullum nomen est latinis, nisi communi illo velimus appellare exercitorem, ut & haec dicatur exercitoria, quam a priore distinctam esse volumus.

XV. Unde ergo hae actiones ex contractu alieno, & persona alterius adversus eos, qui obligationem cum alio contractam aperta voluntate in se non susceperunt? Non sane ex conditione personae eorum, adversus quos hae actiones sunt proditae, quasi teneatur solum exercitor aut dominus negotiationis ex persona servi sui aut filii quem in potestate habet, cum hos navi magistros, aut negotiationi institores praeposuerunt; tenentur enim ambo his actionibus, etiam si navi aut tabernae praeposuerint liberos homines & maxime extraneos. *d.* §. *eadem*, in fin. *Inst. quod cum eo, L.* 1. §. *cuius, D. de exercit. L.* 7. *D. de instit.* Restat, ut sint ex eo, quod isti magistrum & institorem praeponentes, hoc animo esse videntur, ut velint in ea administratione omnia eorum quos praeposuerunt facta praestare, ne contrahentes decipiantur; certe ut praestent, aequissimum est, ut quorum ex contractu commoda publice capiunt, eorum quoque in eadem caussa facta agnoscant: rationes redditae in *L.* 1. §. *magistrum autem, D. de exercit. L.* 1. *D. de institor.* Sed tacita haec voluntas est, non aperta: neque enim si cui negotium do, ut meo nomine fundum emat, continuo me ei teneri volo, a quo ille emerit. Nec si quem procuratorem mihi constituo, idcirco teneri volo iis omnibus, qui cum procuratore meo quid gesserint. Verum in publica opera quae alicui mandatur superioribus praepositionibus, coniectura voluntatis admissa est propter utilitatem. *d. L.* 1. §. *magistrum autem de exercitor.* Nondum tamen satis caussae in hac voluntate ad actionem ex contractu extranei adversus dominos negotii introducendam. Nam etsi maxime vellem teneri ex contractu alterius, quanvis meo nomine gesti, & aperte id dicerem: non tamen eousque valet haec voluntas ex regulis iuris, ut extraneo obliger, cum quo nihil contraxi. Quapropter ut exercitor navis exercitoria, dominus qui institorem praeposuit, institoria teneretur, necesse fuit hic adversus eos ex contractu aliorum alio iure actionem introduci, quam civili, & ex caussis iuris communibus. Et vero harum utraque introducta est edicto praetoris. *d.* §. *eadem*. Introducendi ratio, non voluntas tantum praeponentium magistrum aut Institorem;

23) Ita & Don. noster *ad Rub. C h. t. n.* 13. Institor autem dictus quod negocio gerendo instet *L.* 3. *h t.* Scipio Gentil. *Orig. Lib. pag. pag.* 320. est qui negocio praepositus, quod rerum permutatione constat, ubi unus dat & vicissim accipit, ut in emptione, quod declarant exempla *L.* 5 *h. t.* Qui igitur pretiis mutuis accipiendis, proprie institor non est, quia in mutuo unus tantum accipit. Unde hic actio utilis, ad exemplum institoriae, non directa *L. pen. pr. D. L pen. C hoc tit.* Item si non principaliter, sed per consequentiam distrahendis mercibus constitutus, ut in *L.* 16. *h. t.* Don. *ad Rub. C. h. t n* 16. De obligatione domini ex contractu institorum, quos hodie factores fere usurpamus, Io. Koepen *Decis.* 21. Everhard. Iun. *Vol.* 2. *Cons.* 6.

sed & horum officii publica tum utilitas, tum necessitas, ut declaratur in *L.* 1. in prin. & *d.* § *magistrum autem*, *D. de exercit.* Eiusque rei indicium est, quod si quem mihi in aliis rebus procuratorem constitui, non ideo ex iis quæ cum eo gesta sunt, teneor: alioqui non erat necesse has actiones ex contractu tantum magistri navis aut institoris proponi. Cætera harum actionum propria ex suis titulis recte petentur, cum in Digestis, tum in Codice. Nec difficile erit videre, quo interpretationes & responsa ac rescripta veterum de his generibus referri debeant, animadversis iis, quæ unaquæque ea actio exigit, ut summa a nobis concepta est.

C A P. L.

De pignoribus & hypothecis. Quæ cautio & quod ius creditoris in pignore: ex hoc iure qui propter rem pignori obligatam ex persona debitoris teneantur, & quatenus.

Tractationem de pignoribus ad hunc locum maxime pertinere. I.
Rerum partitio. II.
Pignus quid sit. Ad illud necessaria præsens obligatio. III.
Constituitur lege, aut facto hominis. IV.
Lege *rursum aut tacita conventione, aut privilegio.* V.
Tacita conventione pignus quibus in rebus admittatur. VI.
Privilegio quando pignus indultum personæ, quando rei & caussæ. VII.
Constituitur facto hominis pignus vel domini voluntate, vel auctoritate magistratus. VIII.
Domini voluntate pignus statuitur conventione vel testamento. Utroque modo quatenus. IX.
Auctoritate magistratus item in duobus caussarum generibus: & quæ illæ. X.
Pignus solvitur tribus modis. Quid sint horum singuli. XI.
Usus pignoris in eo est ut creditori sit cautum. Ius in pignore creditori duplex, & duplex cautio. Quale utrumque. XII.
Actio Serviana & quasi Serviana pignoris persequendi gratia constitutæ. Unde utraque appellata, & quid sit; quæ vis utriusque. XIII.
Quis ordo servetur inter plures, qui de unius pignoris detentione aut distractione contendant. XIV.
Possessoribus pignoris beneficium ordinis indultum a Iustiniano. XV.
Nec vero ius illud mutatum in Nov. 112. §. ab hoc autem. XVI.

I. QUod in fideiussoribus, & aliis accessionibus superioribus factis consensus, ut teneantur pro debitore, & recte conveniantur suo ordine: id sine consensu alienæ obligationis suscipiendæ facit rei pignori obligatæ possessio in eius rei possessoribus: ut & hi eo nomine ex persona debitoris recte conveniantur; propter rem quidem primo, quia prius ipsa obligata est, eaque obligatio rem sequitur. *L.* 2. *C. si unus ex plur. hered. deb.* Qua ratione hanc conventionem adversus possessorem ex re sua illi nasci supra diximus: sed ita propter rem, ut nihilominus verum sit eum qui propter eam conveniatur, ex debitoris quoque persona conveniri: quia prius res pro debito obligata est. Unde igitur potestas pro debitore alium conveniendi ob rem pignori obligatam quam is possidet? Ius hoc creditoris est in pignore. Quod cum ita sit, hic maxime proprius est quærendi locus de pignoribus, & eorum iure: quo fiat scilicet, ut & creditor pro personis habeat rem sibi obligatam, & propter rem alios, quos possit ex persona debitoris convenire. Et certe si fideiussoris obligatio ad hunc locum pertinet, in quo quærimus, qui possint debitoris nomine conveniri: pertinet omnino & obligatio pignoris; genus accessionis & cautionis adeo fideiussoribus simile, ut mutato obligationis subiecto sit idem, nec satis commode cum de cautione creditorum in aliis obligandis quæritur, possint ista separari. Accipiuntur fideiussores, qui pro alio obligentur, *Inst. de fid.* in prin. accipiuntur & pignora. Est enim pignus res pro debito obligata. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Itaque ut fideiussor principalis obligationis accessio est, §. *fideiussores*, *Instit. de fideiussor.* sic & pignus. *L.* 5. *D. de*

D. de pignor. L. in omnibus speciebus, *D. de sol.* Accipiuntur fideiussores, ut diligentius creditori cautum sit. *Inst. de fid.* in princ. Eadem & in pignoribus cautio quæritur. *§. ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Unde & numerantur genera hæc cautionum duo, quibus recte caveatur creditoribus, fideiussores & pignora. *§ 1. §. iubet*, *D. de coll. bon.* Sit ergo hic, ut dixi, maxime proprius de pignoribus, & eorum iure cognoscendi locus, in quo & de alia obligatione pro debito constituta similiter ut in fideiussoribus quæritur, & eodem iure fit, ut sint alii, qui propter rem obligatam ex persona debitoris conveniantur, unde nunc quærendi occasio nata est.

II. Sunt autem hæc in eo, quæ quærantur, Quid sit pignus; Ubi sit constitutum; In constituto quæ sit cautio & ius creditoris, unde hæc omnis potestas rei tenendæ & adversus alios persequendæ creditori nascatur. De quibus dicam, ne quid in his quæ quærimus ubi necesse est, omittatur; sed dicam ita, ut summam rerum hic quam paucissimis perstringam, quarum explicatio & tractatio plenior peti poterit ex commentariis nostris de pignoribus.

III. Pignus est res omnis pro debito obligata, *§. item Serviana*, *Inst. de act.* hoc idem & hypotheca dicitur. Nam inter pignus & hypothecam, cum de iure obligandæ rei quæritur, nihil interest. *d. §. item Serviana. L. 5. §. ult. D. de pignor.* Ita duæ res pignus faciunt: debitum præcedens, pro quo res obligetur; & vis ea, qua ita pro debito obligatur. Debitum & obligatio qualis præcedat, nihil refert. Res hypothecæ pignorive dari possunt pro quacunque obligatione, etiam naturali, sicut & fideiussores cuivis obligationi accedere. Sed tamen aliquam obligationem præsentem subesse oportet. Usque adeo ut pro eo quod sub conditione promissum est, constitutum pignus placeat non alias obligari, quam si conditio extiterit. *L. 5. D. de pignor.* Unde intelligimus, ut fideiussores, sic pignus accessionem esse principalis obligationis, & utramque quæ eadem lege contineatur.

IV. Vis ea quæ rem pro debito obliget, id est, quæ pignus constituat, est eorum voluntas, penes quos pignoris constituendi ius est. Eos; atque hinc omnem constituendi pignoris rationem, eiusque generis species ex hac divisione breviter cognosce. Res pro debito obligatur, atque ita pignus constituitur aut lege, aut hominis opera & facto.

V. Lege partim tacita conventione, partim sine ulla conventionis significatione privilegio.

VI. Ob tacitam conventionem pignus admissum est in prædiis cum urbanis, tum rusticis locatis; ut in prædium quidem urbanum conductum invecta & illata sint tacite obligata creditori in omnem caussam conductionis; in prædium autem rusticum invecta & illata non item, sed in his solum fructus. *L. 2. L. 4. D. in quibus causs. pign. vel hypot. tac. cont. L. 4. D. de pact.*

VII. Privilegio quibusdam personis pignus datum lege partim favore personæ, partim rei & caussæ. Personæ pignus datum, fisco in omnibus caussis, ex quibus quid fisco deberi cœptum est. *L. 1. 2. 3. Cod. in quib. cau. pignus, vel hyp. tac. cont. L. aufertur*, *§. fiscus*, *D. de iur. fisc.* toto *tit. C. de privileg. fisc.* Datum pupillo in bonis tutoris, adolescenti in bonis curatoris pro officio tutelæ & curæ. *L. pro officio*, *C. de administ. tutor.* Datum pupillo etiam in bonis eius, qui matris tutricis nuptias affectavit tutore alio prius non constituto, & non redditis a matre tutelæ rationibus. *L. penult. C. in quib. cau. pign. vel hyp. tac. cont.* Datum pupillo in omnibus rebus ex pecunia eius emptis. *L. 3. D. de reb. eorum qui sub tutel. vel cura sunt*, *L. penult. C. de ser. pig. dat. ma.* Caussæ & rei pignus datum in his caussis tribus. In caussa dotis mulieri in bonis mariti ad dotis repetitionem. *L. unica*, *§. 1. C. de rei uxo. act.* Datum legatariis & fideicommissariis legatorum & fideicommissorum nomine in bonis defuncti. *L. 1. C. com. de leg.* Postremo datum creditori in ea insula, ad cuius ædificii restitutionem pecunia mutua data est. *L. 1. D. in quib. cau. pig. vel hypo. tac. contr.*

VIII. Hominis facto constituitur pignus aut voluntate eius cuius in bonis res est, aut auctoritate magistratus. *L. 2. C. de præt. pign.*

IX. Voluntate eius cuius in bonis res est, partim conventione, partim testamento. Conventione, cum is cum creditore pactus est, ut res illi esset pignori. Atque hic nuda conventione pignus contrahitur. *L. 4. D. de pign. L. 1.* in prin. *D. de pig. act. L. si tibi*, *§. de pignore*, *D. de pact.* Tantum ut res sit in bonis debitoris, cum ut res pignori esset, convenit. *L. quæ prædium*, *Cod. quæ res pignor. obligar. poss. L. & quæ nondum*, *§. quod dicitur*, *D. de pignor.* Testamento, cum qui in bonis res habebat, iussit testamen-

to aut

to aut suprema voluntate, ut res pignori esset creditori. *L. non est mirum, D. de pignor. action.*

X. Magistratus auctoritate quod constituitur pignus, prætorium appellatur a prætore: quo verbo significantur magistratus omnes, qui iurisdictioni præsunt. Exstat de hoc genere Titulus in *Cod. de prætor. pignor.* & in *L. 2. eod. tit.* definitur generaliter ita, ut sit prætorium, quod a iudicibus datur. Constituitur hoc genus pignoris a magistratu duobus in generibus caussarum: in caussa iudicati, & in eo genere caussarum, ex quibus mittit prætor in possessionem. Ex caussa iudicati pignus est, cum debitore condemnato & iudicatis non satisfaciente, bona eius capiuntur in exsecutione iudicati iussu magistratus, ut distrahantur, atque his distractis fit, unde iudicatis satisfiat. Quæ hic capiuntur bona, ita capiuntur, ut iam inde ex quo capta sunt, incipiant creditori esse pignori in caussam omnem iudicati. De hoc genere est. *L. 1. 2. 3. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Caussæ, ex quibus in possessionem mitti solet, hæ sunt; rei servandæ caussa, legatorum servandorum gratia, ventris nomine, damni infecti. *L. 1. D. quibus ex caus. in poss. eat.* Ex his caussis missus in possessionem is, cui ante quid debebatur, nanciscitur pignus in iis rebus quarum in possessionem missus est; sic tamen, si ventum fuerit in possessionem. *L. non est mirum, D. de pign. act. L. 1. 2. C. de præt. pign.*

XI. Non est satis pignus ab initio ita esse constitutum, ut modo diximus, ut sit pignus, & creditori in eo ius pignoris, nisi perseveret. Solutum pignus esse desinit. Solvitur pignoris obligatio tribus his modis: aut sublata principali obligatione, aut voluntate & remissione creditoris, aut longi temporis præscriptione. Obligatione principali sublata, quod præcipue solutione & satisfactione contingit, una liberantur & accessiones quo in numero sunt fideiussores, hypothecæ, pignora. *L. in omnibus speciebus, D. de solut. L. item, D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol. L. si rem, §. omnis, D. de pignoratit. action.* Notandum, cum quis solvit, ut pignus liberet, dici eum in usu iuris pignus luere, quasi dicas eluere & delere pignus. Hinc luitio pignoris, de qua Titulus *Cod. de luitione pignoris*. Quæ species ad hoc genus liberationis referri debet. Voluntate & remissione creditoris pignus solvitur, utcunque creditor pactus erit, ut a pignore discederetur. *L. solvitur, D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* Cuius generis pactum & consensus habetur, valetque ad pignoris liberationem, cum creditor consensit, ut debitor pignus venderet, & debitor ita vendidit, ut illi concessum erat. *L. si consensit. L. sicut, seq. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Præscriptione longi temporis pignus amittitur, cum quis alius quam debitor rem pignori obligatam ignorans decem annos inter præsentes, viginti inter absentes silente creditore possedit. *L. 1. L. 2. C. si adver. cred. præscr. opp. L. ult. C. de obl. & act.*

XII. Constituti recte pignoris siquidem & adhuc consistet, finis atque usus idem, qui fideiussorum: ut scilicet creditori recte cautum sit. *d. §. ult. Inst. quib. mo. re cont. obl. L. 1. §. iubet. D. de collat. bonor.* Pignoris cautio duabus his in rebus sita est, in quibus versatur & ius creditoris in pignore. Una, ut creditori pignus tenere, eique incumbere liceat, donec ei satisfiat; atque ea detentione si pecunia non solvatur, semper se pro pecunia eam rem habiturum, cuius distractione possit consequi quod debetur. Hinc pignoris nomen: quod inde dictum est, quia pugno & manu capiatur ad tenendum. *L. plebs, §. 1. D. de verb. sig.* Et hoc indicat maxime actio ad pignus persequendum creditori constituta, de qua mox: quæ sane persecutio non alio spectat, quam ut pignoris detentio sit penes crediturem. Hinc dictum regula iuris, plus cautionis esse in rem, quam in personam. *L. plus cautio, D. de verb. signif.* Cautio in rem est ea, quam nunc dicimus esse in pignoribus, per quam fit, ut rei incumbere liceat: cautio in personam est in fideiussoribus, & reliquis personis pro aliis intervenientibus: quas personas neque possidemus neque tenemus, donec nobis satisfiat; & possunt nos fugere, sive absint, sive præsentes paratæ sint litigare: quorum neutrum cum metui possit in pignore cui insistimus, recte hac parte dicitur plus cautionis esse in rem quam in personam. Altera pars cautionis in pignore est in pignoris distractione: quod ius tale est, ut si cesset debitor solvere, & creditor non ferat longiorem moram, liceat ei pignus distrahere. Ius creditoris ita proprium in pignore, ut possit distrahere, sive convenerit ut distrahere liceret, sive non convenerit: immo vero etsi convenerit, ne liceret distrahere; dummodo debitori ter fuerit denuntiatum, ut solveret, & cessaverit. Hoc in *L. quamdiu. L. si cessante. L. si prius,* & toto *titul. C. de distract. pignor. titul. C. debitor.*

bitor. vend. pignor. imp. non poss. L. 4. *D. de pignor. act.* Ac vis venditionis ea, ut cum pro suo iure creditor distraxerit pignus, dominium transferat, quanvis dominus non fuerat. *L. non est novum, D. de acquir. rer. domin.*

XIII. Sed hæc exercentur ab his, qui rem pignori obligatam tenent. Quid ergo, si vel pignus non cœperit possidere creditor, ut diximus pignus solo consensu contrahi; vel cum cœpisset possidere, possessione exciderit? Consequens fuit, si quidem superiora iura in pignore creditori tueri vellemus, proponi ei actionem pignoris persequendi, eiusque obtinendi caussa, quo posset exercere ea, quorum caussa pignus constitui diximus. Idque ita factum est, constituta eo nomine creditori actione in rem adversus omnes pignoris possessores. Primum quidem de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi locatori tenentur, quæ ab auctore Servio dicta est Serviana. Post deinde a posterioribus prætoribus admissa de rebus omnibus pignori obligatis, quacunque ex caussa obligatæ essent: quæ quia ita inducta est ad exemplum prioris illius Servianæ, idcirco dicta est quasi Serviana, & interdum abusive Serviana. Et horum utrumque ab auctore. A re autem omnis quæ de pignore est, dicta hypothecaria. Hæc in §. *item Serviana. Inst. de act.* Actio in rem est, *d.* §. *item Serviana. L. pignoris, D. de pignor. L. pignoris, C. eod.* proinde adversus eius rei posseſsores, ut est actionum in rem conditio. *L. actionum. D. de oblig. & act.* Vis & exitus actionis hic, ut posseſsor hac actione conventus aut solvat, quod reus debet, cuius nomine pignus constitutum est, aut rem creditori restituat. *L. si fundus*, §. *in vindicatione, D. de pign.* Atque hoc ius omne ita est, si unus sit creditor, cui res sit pignori obligata.

XIV. Quod si eadem res obligata erit pluribus, & hi de pignoris detentione, aut distrahendi iure inter se contendant, in his hoc ius servatur, ut qui tempore prior est, potior sit iure. *L.* 2. *L.* 3. *C. qui pot. in pign. hab.* Nisi si qui sint, quibus quanvis tempore posterioribus, tamen prærogativa temporis data sit. Quod in quibusdam personis certis de caussis admissum est. De quibus sub *d. tit. qui potior. in pign. hab. D. & C.*

XV. Ex hoc iure illa obligatio & conventio adversus pignorum possessores, de qua nunc quærimus. Pignoris persecutionem si habet creditor adversus possessores, hac actione possessores tenentur ad eas res, quas dixi. Propter rem quidem, ut initio dixi, quia res ipsa obligata est: sed tamen & ex debitoris persona; quia non est pignus, nisi pro debito, unde & hoc soluto consequitur possessor, ne rem restituere debeat. *d. L. si fundus*, §. *in vindicatione, D. de pign.* Et hanc caussam conventionis in hac actione spectavit Iustinianus, eiusque rationem habuit in *Novel.* 4. *de fid.* §. *sed neque ad res*, qui quod beneficium ordinis prius dederat fideiussoribus, quos constat ex persona reorum conveniri, idem eadem de caussa, eadem humanitatis ratione motus pignorum possessoribus dedit, ne scilicet ad hos perveniatur, nisi conventis prius reis, tum fideiussoribus aut mandatoribus, & excussis eorum facultatibus compertum sit eos non esse solvendo. Hinc *auth. sed hodie, C. de obl. & act.* Beneficium in his posseſsoribus novum, ut & in fideiussoribus. Nam & in pignore cum res simpliciter ac pure obligata esset, & pignoris persecutio propter pignus; conveniebat obligationi, ut liceret creditori omisso principali debitore, eiusque fideiussoribus statim sequi pignora eorumque possessores. Quod & olim ius erat. *L. ultim. C. de oblig. & act.* Sed ut dixi, animadvertit Iustinianus conveniri hos possessores pro debito, proinde & ex persona eorum qui pecuniam deberent. Quæ res eum movit, ut quod ob hanc caussam fideiussoribus dederat, admitteret & in pignorum possessoribus.

XVI. Non mutavit hoc ius Iustinianus in *Novel.* 112. *de litigiosis*, §. *ab hac autem*, ut ab iis creditum est, qui inde transtulerunt *auth. hoc ita, C. de pignor.* Etsi enim scribit Iustinianus vendito pignore a debitore, licere creditori pignus persequi, nisi ei de pretio pignoris satisfiat; hoc tamen ex sententia præcedentium legum sic accipiendum est, ut liceat quidem creditori id persequi, suo tamen ordine prioribus legibus constituto. Unde etiam ea constitutione paulo post iubet hypothecarum actiones examinari, & obtinere vim suam secundum veterum legum placita. Et sane non fuit eo loco propositum Iustiniano quidquam cavere de pignorum posseſsoribus conveniendis: sed de eo an hypotheca eſset litigiosa, eoque an non poſset alienari. Ille constituit litigiosam non esse, proinde & alienari poſse, ut transferat, in quem debitor voluerit. Hoc posito consequens fuit, ut interpretaretur, quomodo id vellet accipi. Et vult hoc modo, ut nihilominus posseſsor conveniri

possit.

possit. Id nos sic accipiemus, ut possit servatis in eo veteribus legibus. In quibus cum fuerit illa constitutio eiusdem Iustiniani prior de ordine conveniendorum reorum, & pignoris possessorum, etiam hæc ipsa servanda est. Hoc idem Irnerius & Ioannes veteres interpretes censuerunt, ut eorum sententia refertur in *auth. sed hodie, C. de obl. & act.*

C A P. L I.

Domini ex persona servorum, patres ex persona filiorum, ubi, & quatenus obligentur. Atque inibi de actionibus noxalibus, quod iussu, tributoria, de peculio, de in rem verso.

Ut aliqui ex alterius persona teneantur facit conditio personæ. Horum genera tria: & quæ. I.

Domini tenentur ex persona servorum ex quacunque obligationis caussa. Ex maleficio aut in solidum tenentur, aut noxali actione. II.

In solidum quando, & quatenus. III.

Noxali actione quando teneatur dominus: hic noxæ deditione defungitur: quam hoc æquo iure constitutum. IV.

Noxalis actio sequitur auctorem noxæ sive in servitute agentem, sive manumissum: & utrumque quomodo. V.

Eadem est adversus præsentem servi seu dominum, seu possessorem, si tamen hic vere possideat. VI.

Cessat illa, si servus domino noxam commiserit. VII.

In obligatione domini pro eo quod cum servo geritur, interest, ab iubente domino, vel sciente dumtaxat: an neutro quid agatur cum servo. VIII.

Iubente domino, tenetur idem quacunque ex caussa: eoque magis exercitoria actione, aut institoria. IX.

Exercitoria nedum ex magistri, sed & exercitoris quem habet in potestate, tenetur persona; cur non item ex persona institoris. X.

Sciente domino si quid cum servo gestum, quando dominus tenetur eo nomine tributoria. XI.

Domino ignorante, aut invito quod negotii est cum servo habitum, illum obligat de in rem verso aut de peculio. XII.

Peculium quid. Quomodo nascatur, crescat, decrescat, & moriatur. XIII. XIV.

Propositas actiones non solum adversus dominos dari, sed etiam adversus bonæ fidei possessores & fructuarios. XV.

Earumdem actionum quo spectet distinctio & divisio. XVI.

Patresfamilias non obligantur ex maleficiis filiorum familias, nisi hi sciente patre deliquerint. XVII.

At iidem tenentur ex eorum contractibus, & quasi eodem iure ac domini ex persona servorum. XVIII.

Differunt tamen isto nomine patresfamilias a dominis. XIX.

1. *In quatuor caussis ex quibus patres tenentur, non domini. Quæ illæ.* XX.
2. *In aliis caussis præter superiores quatuor: ex quibus omnibus domini tenentur, non patres.* XXI.
3. *In caussa peculiari de toto servi peculio dominus, paterfamilias tenetur de profectitio dumtaxat.* XXII.

I. Sunt qui neque consensu suo, neque propter rem pignori obligatam a se possessam ex persona alterius teneantur: quod sola personæ eorum conditione contingit, ut est propositum. Huic conditioni & obligationi duæ res iure nos subiiciunt: potestas, quam in debitorem obtinemus, & in debitoris locum successio. Potestas est dominorum in servos, & si qui sunt, qui aliquatenus pro dominis habeantur, ut sunt bonæ fidei possessores, & fructuarii: item parentum in liberos, quos illi in potestate habent. Quæ potestas omnis, quibus ex caussis nascatur, suis locis diximus. Successio in locum debitoris est heredum. Quapropter eorum qui conditione personæ obligentur, teneanturve ex persona alterius, tria genera sunt, neque plura iure civili cognita; domini ex persona servorum; parentes ex persona liberorum, quos in potestate habent; heredes ex persona defuncti.

II. Domini ex persona servorum obligantur non tantum ex contractibus & quasi con-

si contractibus servorum, sed etiam ex maleficiis. Atque ex maleficiis semper, non tamen uno modo. Alias enim obligantur in solidum, alias noxali tantum actione.

III. In solidum duobus casibus, Uno, si servus sciente domino deliquit, cum dominus posset [1] prohibere; quasi videatur dominus fecisse, quod in servo ne admitteretur, prohibere potuit. *L. 2. L. 3. L. 4. D. de nox. act.* Altero, de quo nominatim cautum est edicto, si is in cuius potestate esse dicetur, negavit se in sua potestate servum habere; & is postulante actore iurare nolit in potestate sua non esse, neque se dolo malo fecisse, quominus esset: hic enim prætor pollicitus est se in eum iudicium daturum sine noxæ deditione, id est, in solidum. *L. quoties, §. prætor, D. de noxal. act.*

IV. Extra hæc ita dominus tenetur ex noxa & maleficio servi, ut litis æstimationem sufferre debeat, quanti foret, si ipse deliquisset, aut servum noxæ dedere. Cæterum hominem noxæ dedendo, ea deditione defungatur: atque ex hac noxæ dedendi potestate noxalis actio dicta est. *L. 1. in princip. D. de nox. act. Inst. eod.* in princ. Dictum autem est dedere noxæ pro in noxam seu pro [2] noxa, ut hoc idem expressum est in *§. ult. Inst. eod.* dictum eadem forma, qua dicimus cavere damni infecti, ut utrobique intelligatur noxæ nomine, damni infecti nomine. Et recte ex maleficio servi adversus dominum actio hactenus constituta. Non enim æquum est nos ex rebus nostris ultra earum æstimationem onerari: idque ita ius comparatum est, & in animalibus nostris, quæ pauperiem fecerunt, & in ædibus, quæ ruina damnum dederunt, & in hac ipsa noxa atque maleficio servorum nostrorum. *L. 1. D. si quadrup. paup. fec. dic. L. prætor, §. 1. D. de dam. infect. L. 2.* in princip. *D. de noxal. act. Institut. eod.*

V. Hæc actio adversus quem detur, & ex cuius servi maleficio, veteres hac definitione complecti voluerunt, cum ita definiunt omnem noxalem actionem caput sequi: quæ definitio extat in *§. omnis, Instit. de noxal. act.* Caput vocant auctorem noxæ servum. Hunc ita sequitur actio quæ ob noxam nata est, ut nihil intersit, utrum servus deliquerit, & manumissus conveniatur: an vero deliquerit liber, & eo in servitutem redacto ex maleficio agatur. Multoque magis eumdem sequetur, si deliquerit servus; & agatur eo adhuc manente in servitute. At quomodo sequitur aut manumissum, aut in servitute adhuc manentem? Manumissum ita, ut noxæ quidem veteris nomine teneatur, sed directo; detracta noxæ deditione, ut qui ex suo facto conveniatur, non alieno. *L. servi, D. de obl. & act.* Servum autem adhuc constitutum ita, ut quoniam ipse iure civili non tenetur, *d. L. servi.* per eum sequatur dominum, qui iam ex alieno delicto conventus tenebitur non directa, sed ea ipsa vere noxali, quam nunc dicimus.

VI. Neque hic quidquam retulerit, quo ex tempore sit dominus servi is, cum quo servi nomine nunc agitur, utrum iam inde a principio, quo tempore servus noxam nocuit: an vero post admissum delictum dominus esse cœperit, vel alienato servo, vel eo qui liber deliquerat, in eius servitutem redacto. Si noxalis actio servum sequitur, ac propter servum dominum servi, necesse est, actio semper præsentem dominum sequatur. Atque hæc superioris definitionis sententia est, ea ipsa quæ exponitur in *d. §. omnis, Instit. de noxal. act.* Quid prior dominus, adversus quem constat eamdem actionem ante alienationem servi competiisse, alienatione servi desinet teneri? Et hoc quoque superior definitio efficit. Noxalis enim actio per servum sequitur dominum: at prior iam amplius dominus non est. Sed hoc ita est, nisi prior dominus cum sciret servum noxam admisisse, postea dolo malo eum [3] alienaverit. Tenetur hac actione non solum qui servum in potestate habet, sed & qui dolo fecit, quominus haberet. *L. si bona, D. eod.* Idque ex per-

1) Sufficit si patiatur delinquere, nec necessarium consilium & auctoritas, vid. P. Fab. *ad L. culpa caret 50. de R. I.*

2) Noxa enim tum culpam ac delictum significat, tum damnum ac detrimentum, vid. Phil. Beroald. *Annot. in Serv. p. m.* 295. Iac. Nicola 6. *Misc. Epiphill.* 11. Noxales actiones adiectitiæ formulæ aliis principalibus adpositæ ut noxalis actio fur , L. Aquiliæ, &c. Wes. *in Par. de nox. act. n.* 4. de quibus vid. Menoch. *Lib.* 1. *Arb. iud. QQ.* Q. 5. *n.* 13. *& seqq.*

3) *L. 24. d. t.* Quæ & ipsa actio licet prætoria sit *L.* 26. §. 2. *d. t.* noxalis tamen est ac vocatur *d. L.* 24. ubi male Cuiacius 22. *Obs.* 9. priorem vocem *noxalis*, vel redundare censet, vel reponi debere vocem *prætoria*, quod refellit Henr. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 11. eam referens ad Prætoriam, posteriorem vero ad civilem. Licet vero sine noxæ deditione illa sit, datur tamen principaliter ex noxa ac maleficio servi. Quod vero discrimen sit inter eum qui, quod dolo desiit possidere, noxali prætoria convenitur, & eum qui, ob eandem caussam, actione in rem tenetur, vid. Suerin. *Rep. Lect. C.* 18. Cæterum noxæ deditus servus si damnum resarcierit, quæsita pecunia, liber efficitur, invito novo domino §. 3. *in fi. d. t.* Ratio. Prior dominus eum abiecit, posterior magis noxam sarciri voluit, idemque Prætor maxime iussit. Noxam igitur sarciendo & solvendo servus domino novo satisfacit, Fac. *L. 3. de obseq. par. L. 4. §. 1. de manumiss.* Cuiac. 13. *Obs.* 9. P. Pithæ. *in not. tit.* 2. *Coll. LL. Mosaic.*

petua regula iuris, qua placet parem eſſe cauſſam eius qui poſſidet, vel habet, atque eius qui dolo deſiit poſſidere vel habere. *L. parem. L. qui dolo, D. de regul. iur.* Dominum hac actione teneri paſſim ſcriptum eſt ſub hoc Titulo in *Inſtitut.* Sed plus comprehenſum fuit edicto, conſtitutaque eſt actio generaliter adverſus eos, qui ſervum in poteſtate habent, ut modo dixi: quo verbo contineri hic placuit dominos quidem maxime; ſed tamen & eos qui ſervum poſſident pro ſuo, ſive hi bonæ fidei poſſeſſores ſint, ſive mala fide poſſideant, *d. L. ſi bona. L. non ſolum, ſequen. D. de noxal. action.* Sed eos qui vere poſſideant, quærimus, id eſt, qui poſſideant opinione domini. Qui alieno nomine rem tenet, quantumvis iuſte poſſideat, non tenetur noxali actione, ut qui pignori accepit, aut precario rogavit. *L. ſi ſervus, §. 1. D. eod.* Ergo iuxta definitionem ſuperiorem actio noxalis ſervum quoque ab aliis poſſeſſum ſequetur, ac per hunc eoſdem illos poſſeſſores.

VII. Sed quemcumque ex ſuperioribus eſſe placet, quem actio noxalis ſequatur, conſtitutio veterum ſic accipienda eſt, ſi modo delinquente ſervo actio ab initio nata ſit, & nata perſeveret. Alioqui quomodo ſequetur ſervum ea, quæ nulla eſt? Ac tunc naſcitur ab initio, cum ſervus alienus, aut liber homo extero nocuit, quibus caſibus & ſequi caput ſuum actio noxalis poteſt. Quod ſi ſervus domino noxam commiſerit, actio inter dominum & ſervum nulla naſcitur. Ea res facit, ut conſtitutio ad hoc genus noxæ non pertineat: proinde ſi in alienam poteſtatem ſervus pervenerit alienatus, aut manumiſſus fuerit, neque cum ipſo, neque cum eo, cuius nunc in poteſtate eſt, agi poſſit. Habes exceptionem, vel potius temperamentum ſuperioris definitionis, quod ad eius explicationem tacite recte ſubiicitur in *§. ſi ſervus, Inſtitut. eod. titul.* Idem probandum eſt, ſi quæ ab initio noxalis actio nata erat, poſtea extincta ſit, ac deinde ſervus alienatus, aut manumiſſus fuerit. Quod contingit, ſi ſervus alienus qui tibi damnum dederat, aut furtum fecerat, poſtea tuus eſſe cœperit. Sic enim exſtinguitur actio deducta in eum caſum, a quo incipere non poterat: de quo genere liberationis dicetur poſtea ſuo loco. Faciamus ergo eumdem ſervum alienari a te, aut manumitti. Non magis hic actio extincta ſequetur alienatum, manumiſſumve, quam ſi ab initio nulla nata eſſet. Nam & exſtincta cœpit nulla eſſe: & quamvis poſtea res redierit in eum caſum, a quo incipere poterat obligatio, tamen ſemel ſublata amplius reſtitui non poteſt. *L. qui res, §. aream, D. de ſolut.* Et hæc pars ſubiicitur in *d. §. ſi ſervus.* ad eamdem illam explicationem prioris illius veterum conſtitutionis pertinens.

VIII. Hæc de maleficiis ſervorum. Ex horum contractibus & quaſi contractibus non eadem dominorum obligatio eſt. Tenentur ex his domini; ſed non ſemper: & cum tenentur non tenentur uno modo. De quo ex ea diſtinctione ſtatuendum eſt, quæ de hoc genere expoſita eſt ſub *tit. Inſt. quod cum eo.* Cuius hæc eſt ſententia: intereſſe, utrum quod cum ſervo geritur, fiat iubente domino, an ſciente tantum; an nec iubente & ſciente, ſed ignorante aut invito.

IX. Si iuſſu domini, eſſe eo nomine cum domino actionem, & eſſe in ſolidum quod iuſſu, *§. 1. eod. tit.* In quo quid iuſſu domini factum intelligatur, cuius iuſſus ſit ſatis, petetur ex *L. 1. & ſeqq.* aliquot legib. *D. quod iuſſu.* Si ex cæteris cauſſis actio eſt in ſolidum adverſus dominum, cuius iuſſu & mandatu cum ſervo quid geſtum eſt: multo magis dominum qui ſervum ſuum navi magiſtrum præpoſuit, aut tabernæ præpoſuit inſtitorem, illum quidem ex ſervi magiſtri contractibus teneri exercitoria, hunc autem ex contractibus ſervi inſtitoris inſtitoria: cum etſi liber homo eſſet magiſter aut inſtitor, eædem eſſent adverſus eum qui præpoſuit actiones. Hoc in *§. eadem, Inſt. quod cum eo.*

X. Illud in perſona domini & patris circa has actiones adiiciendum eſt, illos non tantum teneri exercitoria ex perſona magiſtri a ſe præpoſiti, quem in poteſtate habuerunt: ſed etiam ex perſona exercitoris ipſius de eo quod cum magiſtro eius geſtum eſt, ſi exercitorem habuerunt in poteſtate, & exercitor horum voluntate navem exercuit: quaſi & hæc voluntas pro iuſſu habenda ſit. Quod non item placuit in inſtitoria adverſus eos, quorum voluntate is quem in poteſtate habent, tabernam exercuit, & conveniantur de eo, quod cum præponentis inſtitore geſtum eſt. Hoc in *L. 1. §. ſi is cuius & §. licet, D. de exercit.* cuius differentiæ rationem *ibidem* & Ulpianus reddit

XI.

4) *L. ult. C. de inſtit. act.* vid. & Donellus noſter *ad Rub. C. Quod cum eo qui in al. pot. n. 3 & ſeqq.* Pupillus non tenetur hac actione *L. 1. §. 7. Quod iuſſu*, tenetur autem actione de Peculio *L. 3. §. 1. Quod ex ca. in poſſ. eat.* Pac. 7. Q. 10

XI. Quod si sciente tantum domino, non iubente aut mandante, cum servo quid gestum sit: unam speciem esse, in qua placeat dominum amplius teneri, quam de peculio. Eam esse, cum servus sciente domino negotiatur in merce peculiari, & quid cum eo eius gratia contractum erit. Nam cum si eo nomine cum domino ageretur de peculio, ante omnia deduci de peculio oporteret totum id quod domino debetur, ut est definitio peculii, de qua paulo post: hic prætor ex ea caussa actionem tributoriam adversus dominum dedit: cuius vis hæc est, ut non deducto eo quod ei debetur, quidquid in his mercibus erit, quidquid inde receptum, id inter ipsum si quid ei debetur, & reliquos servi creditores distribuatur pro ratione eius; quod cuique debebitur: potestate distribuendi domino permissa ea lege, ut si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, sit ei proposita hæc actio tributoria: sic dicta, quod dominus hac actione ad iustam tributionem, id est distributionem mercis vocetur. Et de hac sequitur ordine sub eodem *tit.* in *§. introduxit*. Exstat & de hoc genere specialis titulus in Pandectis, *de tributoria*.

XII. Quod si neque iubente domino, neque sciente cum servo contractum erit, propositas & hic esse actiones, sed de in rem verso, & de 5 peculio: quarum potestas & significatio hæc est, ut si quid ex negotio gesto in rem domini versum sit, id totum dominus præstare debeat: si quid non sit in rem eius versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. Hoc item suo ordine *eod. titul. quod cum eo*, *§. prætoria*, & cuiusmodi sit, utrumque exemplis dilucide declaratur: ac de harum actionum utraque sui sunt proprii tituli in Pandectis, unus *de in rem verso*, alter *de peculio*. Sic autem de peculio actio data edicto prætoris: ut quo casu hæc competeret, si quid esset in peculio, placeat etiam esse de eo quod in peculio non est, quod quidem dolo malo domini factum sit, quominus in peculio esset. *L. summa*, *D. de pecul.* Quid sit in rem versum, ex re proposita intelligetur, & ne quis sit error, explicatur pluribus in *L.* 3. *§.* 1. & deinceps, *D. de in rem versa*. Quid sit autem in peculio, & quantum, definitio in iure posita est, neque ea admodum expedita. De quo paucis cognoscendum est.

XIII. Peculium, inquit Ulpianus. *L.* 5. *§. ultim. de pecul.* dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. Sic autem veteres servi peculium definiunt, ut sit, *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur, aut iis qui sunt in eius potestate, quive in eius tutela aut cura, vel quorum negotia administrat*. Hoc in *d. L.* 5. *§. ult. L. sed si damnum*, 9. *§. peculium*, *§. præterea*, *D. de pecul.* Recta definitio, & quæ omnia quæ sunt peculii, complectitur; si tamen quid hic valeat domini permissus, quid habeatur hoc permissu, & quousque habeatur, recte intelligatur.

XIV. De quibus ut liqueat, tempora hæc peculii distincte spectanda sunt, nascentis, constituti, finientis; & quid unumquodque postulet ad habendum retinendumque peculium, considerandum. Recte enim Marcianus, *peculium*, inquit; [6] *nascitur*, *crescit*, *decrescit*, *moritur*. L. peculium, 40. *D. de pecul.* quæ partitio eo referri debet, ut intelligatur, dum natum erit, & creverit, aut quale cœperat, perseveret, id vere in peculio habendum esse; cum autem interciderit, quatenus id fiat, hactenus desinere esse peculium, & hactenus dominum de peculio amplius non teneri. Nascitur peculium servo, non statim si quid apud se habeat, vel diligentia eius partum vel parsimonia, vel quæsitum aliunde, puta donatum ei, aut legatum, quod ipse sibi separet a rationibus dominicis; sed si quid dominus ipse separaverit a rationibus suis, quod ita separatim habendum servo permiserit. *L.* 4. *D. eod.* Ac nec hic quidem permissus ad peculium constituendum satis, si tantum voluit dominus aliquas res peculii esse; sed si tradidit, aut cum apud servum esset, pro tradito habuit. *L. non statim* 8. *D. eod.* Ideo in definitione recte dicitur peculium esse, non quod permissum est servo habere separatum a rationibus dominicis; sed quod hoc permissu servus separatum habet. Sed & hoc ipsum, quod traditum est servo a domino separatum a rationibus domini, non continuo peculium facit; sed ita, si ideo tantum dedit domi-

nus

5) De peculio atque actione de peculio vid. Cui. 8. *ad Afri. in L.* 38. *d. t.* qui *p. m.* 452. QQ. de eo plenas esse acuminis & argutiarum scribit, *&* 9. *ad Afric. in L. frater a fratre*. Donellus noster *ad Rub. C. Quod cum eo n.* 10. *& seqq.* Duar. *ad t. D. de pecul.* P. Fab. *ad L.* 10. *de R. I. p.* 68. *& seq.* Vital. 2. *Var. Lect.* 24. *& seqq.*

6) Variatur per qualitates ac si animam haberet, iuxta Pythagoreos, qui omne quod crescit animam habere dicunt, ait Cuiac. 9. *ad Afric. in L. frater a fratre*. vid. Sc. Gentil. 2. *Parerg.* 7.

nus, cum præstare necesse non haberet. Quod si cum haberet necesse præstare, præstitit, ut tunicas aut aliquid simile ad victum, placet id non esse peculium. *d. L. peculium*, 40. scilicet quia quod necessitatis caussa factum sit, non possit videri factum peculii constituendi, & permittendi caussa. 7 *Crescit*, inquit Marcianus ibidem, *cum auctum fuerit*; idest, cum auctum id quod servus ab initio permissu domini habere cœperat. Neque in hac re novus permissus aut scientia domini requiritur; quia qui rem habere permisit, permisit habere & quæ sunt eius rei obventiones. Atque ita cœptum, auctumve, vel non auctum peculium tandiu perseverat quoad finiatur. Neque ad id retinendum necesse est sæpius a domino constitui, constitutumve confirmari. Itaque quanvis pupillus vel furiosus constituere peculium servo non possint: tamen ante furorem vel a patre pupilli constitutum, non adimetur ex his caussis. Hoc in *L. quam Tuberonis*, 7. in princ. *D. de pecul.* Ac de hoc ipso peculio constituto accipi debet, quod *ibidem* Ulpianus scribit coniunctim cum iis quæ de eo peculio prius posuerat; putare se videlicet non esse opus concedi peculium a domino servum habere; sed non adimi, ut habeat. *d. L. quam Tuberonis*, in princ. Sed hoc, inquam, donec peculium intereat. Interit ex parte, cum decrescit. Quod fit, cum res peculiares intereunt. Moritur totum, cum servo ademptum est, ut est in *d. L. peculium*, 40 Idem est, etsi servus mortuus, aut manumissus, aut alienatus fuerit. *L. 1. L. ultim D. quando de pecul. actio annal. est*. Quod & in filiofamilias mortuo, vel emancipato intelligendum est. *d. L. 1. D. quando de pecul. actio*. Et generaliter recte definiemus, cum peculium non sit, nisi pusillum patrimonium eorum, qui in potestate sunt: simulatque hi in potestate esse desierint, nec peculii nomen permanere. *L. ultim. circa fin. C. de inoffic. testam.* Ea res facit, ut si nihil adiicitur edicto amplius, peculio ita amisso non sit actio adversus dominum de eo, quod prius in peculio fuerat. Sed hic addita est exceptio a prætore; cavit enim, post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, postveave quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, se dumtaxat de peculio, & si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium daturum. Sic verba edicti sunt de hac parte in *L. 1.* in princ. *D. quan. de pecul. act. annu. est*. Sed ut maxime peculium perseveret ita constitutum, ut diximus; semper tamen peculium hanc deductionem habet, ut deducatur inde, si quid domino debetur, aut iis quos definitione complexi sumus; ut id solum in peculio habendum sit, quod omni eo deducto superest.

XV. Illud de his actionibus in commune monendi sumus, sic eas dari in dominos, ut tamen non dentur in hos solos. Sic enim edicti verba fuerunt de hoc genere; *quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit:* ut referuntur in *L. 1. §. 1. D. de pecul.* In quæ ipse Titulus Institutionum de hoc ipso genere, conceptus est. Atque hic *potestatis* verbum sic acceptum est, ut non magis dominium, quam facultatem habendi servi significaret, pertineretque etiam ad eos qui servum alienum aut liberum hominem bona fide possident, quive in servo alieno usumfructum habent, scilicet ut adversus eos actio de peculio, cæteræque honorariæ superiores dentur ex iis caussis, ex quibus bonæ fidei possessori, aut fructuario acquiri solet; ex reliquis in dominum proprietatis. Hoc in *L. 1. §. ult. & L. 2. D de pecul.*

XVI. Animadvertendum & illud in superiore distinctione, non sic in ea actiones istas distingui inter se, ut cui competit actio quod iussu, non possit experiri actione de peculio, deque eo quod in rem versum est: aut cui tributoria competit, non possit æque agere posterioribus: absurdum sit enim, quæ actiones posteriores in dominum ignorantem aut invitum dantur, eas in volentem & scientem non dari: absurdum & illud, cui in actione quod iussu aut tributoria quod plus est, licet, quod minus est in posterioribus non licere *L. non debet, cui, D. de reg. iur.* Sed distinctio eo spectat, ut sciamus si quid a domino consequi volumus ex contractu servi, minimum esse quod petere liceat, si quid in peculio est servi, aut in rem domini versum, idque semper a domino persequi licere: Amplius esse, ut dominus vocetur cum reliquis creditoribus in tributum; quod tunc conceditur, cum sciente eo servus in merce peculia-

7) Prætermitti autem ἀκμὴν recte notat Cuiac. *d. l.* Perperam Goth in *not. d. L.* 40. eam in voce *crescendi* expressam sensit. Nam ἀκμὴ non est incrementum, sed terminus illius ac perfectio. Recte itaque prætermittitur, quia eam nec recipit peculium, semper accessione rei alicuius augeri aptum.

culiari negotiatus est: Summum esse, solidum quod debeatur, quod consequi liceat solum ab eo domino, quo iubente cum servo contractum sit. In quo apparet, cui adversus iubentem aut scientem dominum ampliores istæ actiones quod iussu & tributoria concessæ sunt, sic eas concedi, ut sciat quid amplius habeat, si amplioribus illis uti velit, non autem ut minores illæ adversus eumdem denegentur. Quod propositum est Iustiniano ostendere sub eodem Titulo, *quod cum eo*, *§. ceterum*. Estque is locus ad eam dubitationem diluendam, quæ ex superiore distinctione nascebatur. Est enim alioqui proprium divisionis sic membra distinguere, ut simul non concurrant. Et sane inferiores cum superioribus nunquam concurrunt, ubi superioribus per se locus non est. Superioribus autem positis etiam concurrunt inferiores, non ut aliæ, sed ut eædem; quia in maiori summa semper minor inest. Sed hoc dictum est iis qui cum actionem habeant quod iussu aut tributoriam, uti velint posterioribus, & quærunt, num id sibi liceat, quasi superior distinctio obstaret. Quod si quæritur, non quid velit quis, & possit inire; sed quid hic facere expediat, supervacua aut inepta quæstio est: cum nemo dubitet, quin proposita actione ampliore & commodiore ad tuum consequendum, hac utendum sit, non ad eam descendendum, ex qua aut certum sit te tuum, ut vis, consequi non posse, aut de eo in periculum venias. Ita potius res huc redit, ut quando adversus dominum iubentem licet unam ex superioribus actionibus eligere, hoc quæratur, qua potissimum agere expediat ad solidum consequendum. Idque est rursum, quod subiicitur in *d. §. cæterum*, & §. seq. *quod cum eo*, Ubi & quid amplius sit in una quam in alia dilucide explicatur. Temperamentum eo adiectum, ut intelligeretur, quorsum pertineret de concursu & electione superiorum actionum prius monuisse.

XVII. Hæc de obligatione dominorum ex servorum persona. Non eadem parentum obligatio ex persona liberorum. Iam primum patres ex maleficiis filiorum etiam quos in potestate habent, non [8] tenentur. Non enim conveniret eos teneri, nisi hactenus, ut filios noxæ dedere liceret. Nam nec alia conditione datur actio adversus dominos ex maleficiis servorum, Nunc autem liher homo noxæ dedi non potest. Hoc in §. *ultim. Inst. de nox. act.* Sane si sciente patre deliquerit filiusfamilias, cum posset pater prohibere, nihil caussæ dici potest, cur non hoc casu obligetur pater in solidum, quasi ipse deliquerit. Nam & si servus quid admiserit sciente domino, nec prohibente, cum dominus prohibere posset, placet dominum in solidum obligari: neque hoc alia ratione defenditur, quam quod videtur dominus qui scivit, & prohibere potuit, occidisse. *L.* 2. in princ. *L.* 3. *D. de nox* Cur non videatur & pater, qui pro simili potestate prohibendi ius habuit. Quod si deliquit ipse, cur non tanquam ex maleficio suo in solidum recte conveniatur? Neque hic metuemus, ne nobis obstet, quod traditur in *d. §. ultim. Instit. de nox. act.* ex maleficiis tantum servorum, non etiam filiorumfamilias noxales actiones esse proponendas. Non enim dicimus scientem patrem noxali actione teneri, sed in solidum detracta noxæ deditione: non ex delicto filii, sed suo.

XVIII. Quod ad contractus & quasi contractus filiorumfalias attinet, ex his tenentur patres, propemodum iisdem conditionibus, & eatenus, quibus conditionibus & quatenus obligantur domini ex contractibus servorum: ut quod de dominis ex contractibus servorum supra dictum est, idem & de patribus ex contractibus filiorum dictum intelligi oporteat. Quod & faciendum esse monemur in principio *tit. quod cum eo, Inst.*

XIX. Sed tamen & hic inter patres & dominos nonnihil interest. Est autem inter illos in hoc genere obligationis trium illarum rerum differentia.

XX. Primum quædam caussæ sunt, & quidam contractus servorum, quorum nomine placet dominum non teneri; quibus a filiosfamilias interpositis tenetur pater. Eæ caussæ sunt quatuor; si servus pro alio fideiusserit rem peculiarem aut dominicam non agens: si cum pro libero se gereret, conventus iudicio, condemnatus sit; si eodem modo se gerens arbitrum sumpserit ex compromisso, & ab arbitro sit condemnatus; si cum conveniretur, iusiurandum adversario detulerit, & iuratum sit. Ex his, inquam, caussis non tenetur dominus ex persona servi ne de peculio quidem. At tenetur pater, si quid horum filius gesserit. *L.* 3. *§. si filiusfamilias*, *§. si servus L.* 5. *§.* 1. *D. de pecul.* Non sane quod propter summam potestatem dominorum in servos, & plenam in peculium potestatem, non convenien-

8) Vid. Vaud. 1. Q. 42. n. 12. Licet veterum quidam noxalem actionem admiserint *d. §. ult* ut Papinianus *Lib.* 2. *defmit. in Coll. Mosaic. tit.* 2. ubi vid. Pithæus.

nientius fuerit dominos ex omnibus contractibus servorum teneri, quam patres ex contractibus filiorum, quos in potestate habent, si modo quod servus aut filius familias gerunt, per se consistat, ut contractus sit habendus: sed quia superiora facta in 9 filiisfamilias valent, eoque & sunt contractus, ex quibus obligatio nascitur, cuius nomine deinde tenetur pater: in servis autem non consistunt iure, ut nec contractus efficiant, ex quibus obligatio nata transferri possit in dominos. Idque in singulis ita fit. Fideiubere pro alio est intercedere. Intercessio pro aliis officium civile. *L. 1. D. ad Velleian.* Ab omnibus officiis civilibus servi remoti sunt multo magis, quam fœminæ: quas tamen & ipsas remotas esse constat. Quippe servi iure civili pro nullis habentur. *L. fœminæ, §. quod attinet, D. de reg. iur.* Servi iudicio interesse non possunt. *L. servus, C. de iud.* Ergo nec compromissum contrahere; quia compromissum ad similitudinem iudicii redigitur. *L. 1. D. de recept.* Qua ratione nec iusiurandum deferre potest servus, quia & iusiurandum habet instar iudicii. *L. qui iurasse, §. ult. D. de iurei.* Omnia hæc contra in filiofamilias, qui quia liber est, & civis, omnia recte gerit, & ex omnibus caussis perinde obligatur ut quivis paterfamilias. *L. filiusfamilias, D. de obl. & act.*

XXI. Altera differentia est in his ipsis caussis superiori contraria. Nam quatuor caussis superioribus exceptis, quidquid contraxerit, gesserit servus, ex quo inter liberos actio nascitur, ex ea caussa adversus dominum actio est de peculio. *§. actiones autem, Inst. de act.* In filiisfamilias excepta est caussa mutui. Mutua pecunia filiofamilias data, si non consentiente patre data sit, nec in rem patris versa, neque filiusfamilias tenetur, neque pater de peculio. *§. pen. Inst. quod cum eo.* Effectum id senatusconsulto Macedoniano, de quo diximus suo loco.

XXII. Tertia differentia est in ratione peculii. Tenetur dominus de peculio servi, & id sine exceptione: quia peculium servi est unius generis. Id enim tantum est, quod habet servus permissu domini: & quodcunque id est, totum est domini, a quo est profectum. Immo vero & ipse servus domini est, ut qui seipsum non habet; multo minus possit quidquam suum habere. *§. item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Eo fit, ut iure conveniatur dominus de peculio universo servi, qui id peculium in potestate habet, ut possit id creditoribus servi prout velit dissolvere. Non sic pater tenetur de peculio ex contractibus filii. Tenetur de peculio filii: sed eo quod habet in dominio suo, aut potestate. Nam si quid eius non est, iniquum sit eo eum nomine conveniri, ut præstet quod non habet, nec dolo fecit quominus haberet. Atqui non omne peculium filiifamilias iure est patris. Castrense & quasi castrense totum proprium est filiorumfamilias, nihil in eo iuris patri. Adventicium etiam quibusdam in caussis proprium filiorum ita, ut ne usufructus quidem ad patrem pertineat. Solum profecticium simile est per omnia peculio servorum: utpote quod a patre profectum placeat ut olim totum esse patris & proprietate & fructu. Est & adventicium ubi ususfructus patri adquiritur, in potestate patris; non ut administret tantum, sed etiam ut sive ulla sit filio sive quæ adversus filium eius nomine actio, pater suscipiat actiones & moveat: tantum ut adhibeatur filii puberis & præsentis consensus. *L. ult. §. ubi autem in unum, C. de bon. quæ lib.* Quæ genera cuiusmodi essent, & quid in his adquireretur patri, quid proprium esset filii, supra suo loco exposuimus, sub Titulo, *Quæ personæ sibi adquirere, & quod quæsierint, sibi habere possint.* In hac autem peculiorum filiorumfamilias distinctione, ac singulorum generum iure, perspicuum est patrem ex contractibus filii recte conveniri de peculio profecticio, quod eius est; recte item de peculio adventicio, in quo usumfructum habet, & cuius nomine suscipere iubetur actiones. De peculio autem castrensi aut quasi castrensi, itemque adventicio, quod totum est filii, patrem 10 conveniri non posse: quia neque id peculium in potestate habeat, nec possit de eo, ut velit, sed solus filius statuere: de quo scripsi ad *§. actiones autem, Institut. de act.* Convenietur autem filius, & is quidem directa actione in solidum, non peculio tenus, uti fieret si quivis paterfamilias con-

9) In muneribus quoque propria caussa filiorumfamilias. Nam si munus gessit filius voluntate patris, pater ex administratione tenetur in solidum *L. 5. C. Quod cum eo.* scilicet si nominationi filii adfuit nec contradixit *L. 2. de muner.* Don. *ad Rub. C. d. t. n. 50. & 2. seqq.* In tutela distinguitur si a magistratu tutori dato consentit pater, in solidum *d. L. 9. C. d. t. L. 7. de tutel.* sin ex testamento de peculio tenetur, *L. 21. de adm. tut.* Don. *d. loc. n. 52.* Loriot. *de Tutel. Axiom.* 49. Hot. *ad L. 1. C. de remiss. pig.* Pac. 5. *Q.* 76. Diss. Cuiac. 7. *ad Afric. in L. 46. de neg. gest.* aliter A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Princ. Ill.* 16.

10) Excipit Io. Tavard. *ad §. actiones* 10. *Inst. de act. n.* 29. *& seq.* nisi filiusfamilias ea modestia sit ut patri permittat liberam castrensium vel quasi castrensium administrationem; quo casu, ait, pater dominus illorum etiam *L. 2. L. 9. L. 38. de castr. pec.* quæ hoc non probant.

conveniretur ex suo facto & suo nomine. Nam & filiusfamilias ex omnibus caussis tenetur eodem modo. *L. filiusfamilias, D. de obl. & act.*

C A P. LII.

De hereditariis actionibus.

Heredes conditione personae obligantur ex persona defuncti. Quatenus in eo differant a reliquis. I.
De Hereditariis actionibus quo in loco tractaverit auctor. Quid de iis amplius hic loci. II.
Actiones quae defuncti fuere, eaedem dantur & heredi. III.
Quae hinc excipiantur. IV.
Actiones quae erant adversus defunctum dantur adversus heredem, si rem persequantur, etsi veniant ex delicto. V.
Secus omnino, si poenam persequantur, licet sint ex contractu. VI.
Exceptio. X.
Alia veterum distinctio de actionum transmissione tota est ex distinctione superiore & inde interpretanda. VII.
Contrariis occurritur & duplex locus exponitur §. 1. Inst. de perp. & temp. act. VIII.
Quae dignoscendi ratio num actiones sint poenales, aut rei persecutoriae. IX.
De actionum transmissione quae ab heredibus aut adversus heredes incipiunt, quae sit Iustiniani constitutio veterum definitioni contraria. XI.
De actionum divisione inter plures heredes quo in loco auctor. XII.

I. Etiam heredes, ut proposuimus, conditione personae ex persona defuncti obligantur. Sed hi, non qui alienae obligationi accedant, ut fideiussores; non qui alio obligato, conveniantur eius nomine, ut domini ex maleficiis aut contractibus servorum; patres ex contractibus filiorum quos in potestate habent, eoque non semper in solidum: sed qui debitore mortuo eius personam suscipiant, eoque iam velut ex sua persona principaliter teneantur, & quatenus heredes sunt, in solidum. Id in his facit hereditas, quae cum sit successio in universum ius quod defunctus habuit; *L. hereditas, D. de reg. iur. L. nihil aliud est, D. de verb. sign.* hoc adfert heredi, ut hac suscepta succedat & ipse in omne ius defuncti. *L. heres in omne, D. de adq. her.*

II. In omne ius sic accipe, non tantum quod defunctus sibi habuit, sed etiam quo aliis tenebatur, §. *ult. Inst. de loca. & cond* & ut alibi dicitur, per successionem universitatis, id est, hereditatem aut bonorum possessionem, ita succeditur in ius demortui, ut suscipiatur eius rei commodum & incommodum. *L. 1. L. 2. L. 3.* in pr. *D. de bon. poss.* In hoc autem iure, seu in his commodis & incommodis sunt actiones, quae defuncto competierunt, & adversus defunctum. Est enim omnis actio ius. *Inst. de act.* in pr. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Quae res nos admonuit iam ante, ut cum de actionibus hereditariis quaeritur, in commune dicendum putaremus tam de iis quae heredibus dantur, cum prius defuncto competerent, quam de iis, quae dantur in heredes, cum prius his teneretur defunctus: scilicet quod ambae a defuncto transirent in heredem, uno & eodem hereditatis ac successionis iure. Tractavimus hunc locum iam ante, cum de iure heredis, & in eo de commodis atque incommodis hereditariis ageremus: quorum partes sunt hereditariae hae actiones, sub Titulo, *Quae hereditas secum ferat heredi tum commoda tum incommoda*. Neque nunc inculcare necesse est, quae illic exposuimus. Tantum nunc eumdem locum attingere visum est, ut si quid forte illic omissum est, quod loco illi communi non satis conveniret, hic ubi prius cognoscendi locus est, expleatur.

III. De priore ergo genere actionum hereditariarum sic ius est. Quae actiones cumque defuncto competierunt cum is moritur, eaedem paucissimis exceptis, & ad heredem translatae, heredi omnique successori universi iuris competunt. Nec interest sintne ex contractu, an ex maleficiis etiam poenales, §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Pertinent enim omnes ad ius defuncti, & id quidem quod ex caussa nascitur, non ex persona: heres autem in omne ius tale succedit, *d. L. heres in omne, de adq. her.*

IV. Excepta est actio iniuriarum, & quae huic sunt similes, *d.* §. 1. *de perp. & temp. act.* Iniuriarum actio ideo, quia iniuria defunctum tantum attingit, non heredem. Unde & dissimulatione actionem iniuriarum aboleri placuit, §. *ult. Inst. de*

de iniur. Huius autem dissimulationis indicium non dubium est, cum defunctus dum vixit, non egit iniuriarum, quod statim licebat ei aut per se aut per procuratorem facere. Similes actiones sunt, quæ ad vindictam tantum alicuius facti comparatæ sunt, ubi agentis nihil interest. Cuiusmodi actio habita est olim, quæ fuit adversus eum, qui eum qui in ius vocatus erat, vi exemisset. *L. pen. §. ult. D. ne quis eum qui in ius voc. est, vi exim.* Item actio in quinquaginta aureos prodita adversus liberos & libertos, qui parentem patronumve in ius vocassent sine permissu prætoris. *L. pen. D. de in ius voc.* Si tamen defunctus lite ex his caussis contestata decesserit, placet etiam has actiones ad heredem transire. *L. iniuriarum actio, 28. D. de iniur.* Ea vis est litis contestatæ in omnibus actionibus, quæ alioqui ad heredes non transeunt, de qua mox plura in altero genere actionum.

V. Est autem alterum genus hereditariarum actionum, earum quæ adversus defunctum competierunt. Et conveniebat superiori definitioni hereditatis, ut in eas ita quoque succederet heres, & adversus eum competerent. Sed hoc non placuit. In quo hæc iuris prope explorati brevis & summa distinctio est, ut intersit, contineatne actio rei persequutionem, an pœnæ. Quæ actiones rei persecutionem continent, omnes sunt in hac caussa, ut sicuti heredibus dantur, ita & in heredes, aliosve quosvis successores competant. *d. §. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Idque ita est, etsi sint ex maleficiis. Exemplo sunt condictio furtiva, & actio rerum amotarum: utraque ex delicto, illa ex furto, hæc aut ex furto, aut ex facto furto simili. Utraque tamen adversus heredes datur: tantum ideo quia rei persecutionem continet. *L. si pro fure, §. ult. D. de cond. furt. L. contra §. si post. L. si mulier, §. penult. D. rer. amot.*

VI. Contraria earum actionum definitio, quæ continent persecutionem pœnæ, quæ eædem dicuntur pœnales. Quæcumque eiusmodi sunt, in heredes non dantur, non tantum si sint ex maleficiis, de quibus constat; sed etiam si sint ex contractu, qualis est depositi actio ex quibusdam caussis. *d §. 1. Inst. de perp. & temp. act.* De quibus generibus mox amplius. Idque est, quod aliis verbis veteres eleganter definierunt; heredes in pœnam non succedere; heredes pœna non teneri. *L. pen. D. de op. no. nunt. L. constitutionibus, D. de obl. & act.* Cur ergo pœnales actiones non item ut rei persecutoriæ adversus heredes transeunt: cum constet has esse iura quibus defunctus tenebatur, dicamus autem heredem succedere in omne ius defuncti. Nimirum hoc genus incommodi exceptum est, & recte exceptum natura rei ita cogente. De pœna agitur. Omnis pœna iure constituitur delicti coercendi caussa. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Ea res id ius exigit, quod præclare constitutum est in *L. sancimus, C. de pœnis.* ibi pœnam esse debere, ubi noxa est; item peccata suos tenere debere auctores, nec ultra progredi metum, quam reperiatur delictum. Atqui cum defunctus deliquit, nullum ideo hic heredis peccatum aut delictum est. Quare eius delicti pœna heredem teneri non o[...]tet.

VII. Exstat de hoc genere & alia distinctio veterum, qua hic distinguuntur actiones ex contractu ab actionibus quæ sunt ex maleficio; & ex his quæ actiones adversus heredes competant, quæ non competant, notio sumitur. Sed distinctio expressa ex superiore: certe eiusmodi, quæ tota ad priorem illam debeat referri, & si in utraque parte nonnihil dissidere videbitur, debeat ex illa interpretationem capere. Quo cognito certius fiet non solum priorem illam distinctionem veram esse, sed etiam in ea ius omne de hac quæstione versari. Sic ergo de contractibus definiunt veteres. Ex contractibus & quasi contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quandoque versetur: veluti cum is apud quem depositum est, in deposito, aut tutor in tutela gerenda quid dolo fecerit. *L. ex contractibus L. ex depositi, D. de oblig. & act. L. si hominem, §. 1. D. depos.* Hoc ita non alia de caussa, quam quod actiones quæ sunt ex contractu, rei persecutionem continent. *§. rei persequendæ, Inst. de act.* Hoc ita esse ex eo intelligimus quod si qua sit actio ex contractu, quæ pœnam contineat, in ea disceditur a superiore regula, rediturque ad illam superiorem, ut placeat actionem pœnalem, quamvis sit ex contractu, quatenus talis est, ad heredem non transire. Huiusmodi est actio depositi ex his quatuor caussis, si quid depositum sit tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa: ex quibus caussis adversus eum qui depositum accepit, quod dolo malo eius factum sit, actio in duplum datur: in heredem ex dolo defuncti duntaxat in simplum. Exstat edictum *L. 1. §. 1. D. depos.* Ita ne hic quidem dupli

pli pœna qua defunctus teneri cœperat, adversus heredem transit: at detracta pœna, quæ in eo est, quod simplum excedit, actio transit, quanvis in ea delictum defuncti, id est, dolus, versetur, ut superioribus verbis edicti expressum est in *d. L.* 1. §. 1. *depos.* & ad definitionem superiorem de contractibus pertinet, quæ ex superiore edicto recte sumitur. Cum sit autem nominatim consignata in *d. L. ex contractibus* in ea manere oportet.

VIII. Scio contrarium videri, quod scriptum est in *d.* §. 1. vers. *aliquando*, *Inst. de perp. & temp. act.* his verbis: *aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti, cum testator dolose versatus sit.* quasi ubicunque testator in contractu dolose versatus est, ibi dicatur actio contra heredem non competere. Sed hoc ita accipi non debet. Exemplum enim ad definitionem referendum est, & in eo definitio uti concepta est, repetenda: ut sit sensus, veluti cum testator dolose versatus sit: intellige; actio etiam ex contractu aliquando non competit, ut erat propositum: non autem simpliciter non competit: quomodo definitio concepta non erat. Et ita est; cum testator in contractu dolose versatus est, aliquando actio contra heredem non competit, non semper. Quando igitur? discamus exemplo actionis depositi id tum fieri, cum etiam ex contractu actio pœnam continebit: cuiusmodi est actio depositi ex illis quatuor caussis. Et de hac actione locus Iustiniani accipi debet, non de ullis aliis ex contractu, repugnante *L. ex contractibus D. de obl. & act.* item actio depositi in *d. L.* 1. §. 1. *depos.* Scripsi idem ad *L. ex ea parte* 121. §. *ult. D. de verb. obl.* Rursum de maleficiis exstat hæc iuris definitio in *d.* §. 1. *Inst.* de perp. & temp. act. *Ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriæ.* Ex maleficiis dictum est. An ut removeantur ex contractibus actiones si quæ sint pœnales? Minime, ut declaratur exemplo superiore actionis depositi in suprascriptis caussis. Sed definitio concepta est ex eo, quod ut plurimum ac fere semper accidit. Id autem tale est, ut omnes actiones ex contractu, excepta una depositi, & id quidem ex certis tantum caussis, contineant rei persecutionem; & quæ sint autem pœnales, hæ sint solum ex maleficiis. Non est satis actionem esse ex maleficio, ut adversus heredem non competat, etiam pœnales esse oportet. In quo reditur rursum aperte ad eas definitiones quas initio posuimus, ut si actio sit pœnalis, non competat contra heredem: sin contineat rei persecutionem, competat, quanvis sit ex maleficio. Indicio erunt, ut initio dixi, condictio furtiva & actio rerum amotarum.

IX. Quod cum ita sit, ut videamus omnem huius quæstionis diiudicationem in ea distinctione versari, utrum actio rei persecutionem contineat, an pœnæ, res in utraque parte huc redit, ut norimus, quæ actiones sint rei persequendæ caussa, quæ pœnales: de quo scripsi ad §. *sequens*, *Inst. de act.* Dicam paucis, quod hic necesse sit ad eam rem intelligi. Actio rei persecutionem continere dicitur, qua persequimur quod ex patrimonio nobis abest. *L. in honorariis*, *D. de obl. & act.* Unde intelligimus omnes esse pœnales, quibus persequimur amplius quam nobis abest. Illud hic præcipue monendum fuit, esse quasdam, quibus cum persequamur, quod nobis abest, sint tamen pœnales, quia non ad rei persecutionem, sed pœnæ tantum caussa constitutæ sunt. Eiusque rei argumentum hoc est, quod constitutæ sunt ob dolum tantum, & id ut puniant. De quibus hæc notio tenenda est, quam Ulpianus sub una specie generalem esse ostendit in *L. huius*, §. 1. *D. quod fals. tut. auct.* quoties actio factum punit, & in dolum tantum concepta est, pœnalem esse, eoque & adversus heredem non dari, quanvis forte proposita sit ei, cui alioqui eo facto aliquid absit. Talis est actio adversus falsum tutorem, quo auctoritatem interponente decepti sumus, *d. L. huius*, *quod fals. tut. auct.* Talis actio adversus mensorem, qui falsum modum dixit. *L.* 3. *D. si mens. fals. mod. dix.* Talis tributoria adversus dominum, qui dolo malo male distribuit mercem peculiarem. *L. illud*, §. *ult. D. de trib.* Talis adversus eum qui vim fecit ei qui in possessionem missus est. *L.* 1. §. *ult. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Item adversus eum, qui dolo fecit, quominus quis iudicio sisteret. *L.* 1. §. *ult. D. de eo per quem fac. erit.* Talis denique actio adversus eum, qui rem alienavit iudicii mutandi causa. *L.* 4. in fin. *L.* 6. & 7. *D. de al. iud. mut. cau. facta.* Et tamen hæc postrema dicitur non esse pœnalis in *d. L.* 4. in fin. quia scilicet a parte actoris non est pœnalis, sed rei quæ illi abest persecutionem continet. Cæterum a parte rei vere pœnalis est.

X. Interdum tamen pœnales actiones adversus hæredes transeunt. Quod dua-

bus de caussis accidit: vel quod lis cum reo defuncto prius contestata est; vel quod ad heredem aliquid pervenit. De litis contestatione ita placet, si vivus reus iudicio conventus fuerit, ex omnibus caussis etiam pœnalibus lites contestatas, seu lite contestata pœnales actiones in heredem, similesque personas transire. *L. omnes pœnales*, *L. constitutionibus*, *L. sciendum*, *D. de obl. & act. d.* §. 1. in fin. *Inst. de per. & temp. act. L. ult.* in fin. *D. de fid. tut.* idque in solidum, ut expressum est in *L. unica*, *C. ex del. def. in quan. her. conven.* Quippe iudicio accipiendo & lite contestanda contrahitur obligatio iudicati. *L.* 3. §. *item scribit*, *D. de pec.* Omnes autem actiones ex contractu, ut rei persecutionem continent, sic heredibus & in heredes competunt. Lite autem non contestata semper actio pœnalis hactenus in heredem datur, quatenus ad eum pervenit. Etsi enim morte delinquentis crimen extinguitur: tamen æquissima ratione placuit, quod turpiter & scelere quæsitum est, ad compendium heredis pertinere non debere, & quod idem est, iniusta lucra etiam heredi extorquenda. *L. quod diximus*, §. *ult. L. videamus*, *seq. D. quod met. cau. L. in heredem*, *D. de calum. L. in heredem*, *D. de dol.* Utramque hanc exceptionem complexa est *d. L unica*, *C. ex del. def. in quant. her. conven.*

XI. Sed qualcunque actiones diximus heredibus aut in heredes dari, apparet de iis dictum esse, quæ a defuncto cœptæ, ab eo deinde ad heredes aut adversus heredes transeunt. Quid fiet, si quid promissum sit ita, ut actio a defuncto aut adversus defunctum nunquam cœperit, ac ne potuerit quidem incipere? Finge aliquem stipulatum post mortem suam dari: certum est nunquam stipulatorem ex ea stipulatione agere potuisse, aut aliquem promisisse post mortem suam dari. Ne hic quidem promissor unquam potuit conveniri. In quibus exemplis crescit dubitatio, si quis stipulatus sit dari sibi post mortem suam; aut promisit se post mortem suam se daturum: quæ exempla sunt in §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Et extat Iustiniani constitutio in *L. unic. C. ut act. ab her. & cont. her. incip.* in qua testatur veteres non concessisse incipere actiones ab heredibus vel contra heredes: ipse contra ea constitutione admisit, sublata vetere regula contraria. De impossibilitate quæ in his stipulationibus inesse videbatur, respondi alibi, non posse quidem per rerum naturam mortuo dari, aut mortuum promissorem dare. Sed potest mortui heredi dari, & dare mortui heres. Qui autem stipulatur sibi dari post mortem suam, aut se promittit post mortem suam daturum, non de se sentit, sed de herede, quem alterum se intelligit, vel ut detur ei, vel ut det ipse. Hanc autem sententiam Iustinianus spectari voluit, neque propter nimiam subtilitatem voluntates contrahentium impediri. *d. L. un.* in fin. De transmissione eius actionis quæ ante non fuisset, nunc breviter respondebo. Non sane abs re est, quod veteres actionem ab heredibus aut contra heredes incipere vetabant. Heres enim quis, nisi qui succedit in ius quod defunctus habuit tempore mortis? *L. hereditas*, *de reg. iur.* Absurdum sit igitur quæ actiones defuncto non competierunt, heredem dici in eas succedere, vel ut ab eo incipiant, vel ut adversus eum. Et fatendum est non posse succedere heredem in eam actionem, quæ prius defuncti non fuit. Neque in eam succedi nunc dicimus, sed eam contra nunc primum post mortem defuncti incipere. Quo iure ergo incipiat ab eo, quem successorem esse oportet? Non quia in res defuncti succedit, sed quia succedit etiam in personam & locum defuncti: quo iure fit, ut quasi sit eadem persona cum defuncto, ut esse existimatur *Novel. de iur. a mor. præst.* ita iure possit stipulari heredi suo quod ei primum adquiratur, quasi sibi ipsi esset stipulatus, & heredem suum nunc primum obligare, quasi & de se ipso promisisset.

XII. Si plures sunt heredes, quibus aut adversus quos competat hereditaria actio, quæ actiones dividantur inter eos, & quæ partes in eo servandæ sint, dixi sub Titulo, *Quæ hereditas secum ferat tum commoda, tum incommoda*. Nunc quod locus postulabat, satis fuit ostendere, quæ actiones ex persona aut facto defuncti transeant ad heredes, vel ut his dentur, vel adversus eos.

CAP.

C A P. LIII.

Extra eos qui obligatum in poteſtate habent, itemque heredes neminem ex alterius facto obligari, aut conveniri poſſe.

I. UT eorum qui conditione perſonæ ex alterius perſona obligantur, ea genera ſunt, quæ ſupra diximus, dominorum, patrum, heredum: ita verum eſt, quod eodem loco propoſui, non eſſe plura. Et generaliter hæc ſententia certi iuris ſtatuenda eſt extra ſupra ſcriptas perſonas neminem qui ſe pro alio non obligarit, ex eius contractu, multoque minus ex delicto [1] obligari aut conveniri poſſe. Extat in *L. 3. C. ne uxor pro mar.* Id ita eſſe facilius ſtatuemus, ſi propoſitis iis perſonis quas maxime omnium conveniri oportebat, intelligemus nullam earum pro alio poſſe conveniri. Si quæ ſint, quæ conveniri poſſint, hoc ut poſſint, aut matrimonii vinculum facere debet, ut inter virum & uxorem; aut coniunctio ſanguinis, ut inter patrem & filium emancipatum; aut reverentia & honos debitus, ut patrono; aut eius ipſius factum, qui poſt manumiſſionem convenitur: aut quia convenitur debitor debitoris noſtri. Atqui nihil horum nobis actionem adverſus alium dabit. In quo verſatur tota illa tractatio, quæ aliquot titulis diſtinctis proponitur in Codice, a Titulo *Ne uxor pro marito*, & quatuor ſequent. Non uxor pro marito aut maritus [2] pro uxore poteſt conveniri. *Tit. C. ne uxor pro mar.* Non filius [3] pro patre, aut mater pro filio vel pater pro filio emancipato. *Tit. C. ne fil. pro pat.* & *Tit. ne uxor pro mar.* Non libertus pro patrono, aut ſervus pro domino. *C. ne fil. pro pat.* Non manumiſſus de eo quod in ſervitute geſſit, quia cœpit alius homo eſſe. *Tit. C. an. ſer. pro ſuo fact. poſt. manum. ten.* præterquam ſi quid promiſerit, ut manumitteretur. *L. 3. C. eod.* Poſtremo non debitores debitoris noſtri, niſi aut nobis ceſſæ ſint adverſus eos actiones, aut debitoris noſtri bona nobis pignori eſſe cœperint. Quæ ſi erunt pignori, etiam erunt eorum nomina, id eſt, quæ his debentur; quoniam nomina cuiuſque ſunt in eius bonis, *L. bonorum, D. de verb. ſig.* Hæc ſententia eſt *Tit. C. quand. fiſc. vel priv. deb. deb. ſui conven. poſſ.* Quæ ſi ita ſunt in iis perſonis quas maxime præter cæteras æquum erat conveniri poſse; perſpicuum eſt hac enumeratione & remotione certo effici, nullas perſonas omnino præter ſuperiores illas ex alterius facto conveniri poſse.

1) Incognitæ enim iure civili repræſaliæ, quibus alius pro alio, qui ſuum debitum in alia ditione obtinere non potuit, tenetur, veritæ *Nov.* 52. Duar. *ad tit. C. Ne ux. pro marito*. Et LL. Longob. *tit.* 100. §. 4. alium pro alio pignorare vetant. Tametſi earum uſu a vetuſtiſſimis Rom. LL. & iure fœciali originem ſumpſiſſe putet Zaſ. *in L.* 2. §. *& ita leges (eſt in Florent.* verſic. § 2.) *de O. I. n.* 20. ac aliis gentibus receptum, Paol Buſ. 1. *Subtil.* 17. De quibus vid. Mynſing. 6. *Obſ.* 1. Gail. *de Pignorat. Obſ.* 2. Coler. *de Proceſſ. ex/ec. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 272. Pet. Heig. *P.* 1. *Q.* 12. Guido Fotan. *Lib.* 2. *de Sequeſtr. Cap.* 14. Io Koppen. *Q.* 41. Rutger. Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 7. *Cap.* 9. Scholaſticos repræſaliorum iure capi non poſſe tradit Rebuff. *Privil. Scholar* 130. ut nec parentes eorum illos inviſentes, *idem Privil.* 78.

2) Videtur tamen caſus obi maritus ex delicto uxoris tenetur in *L.* 4. §. 2. *de off. proconſ.* Buſ. 6. *Subtil.* 15. *n.* 7. Sed recte Pac. 1. *Q.* 47. ibi Proconſulem ob ſuam culpam teneri, & factum uxoris ſic præſtare, ut aliorum quos ſecum habet, etiam miniſtrorum *L.* 1. *C. ad L. Iul. repet.* Et Ant. Fab. *ad d.* §. 3. eo caſu, quando uxorem vult ſecum ducere, ultro ſe Proconſulem periculo iſti obſtringere. Verus autem caſus in *L. pen. C. in quib. ca. pig. tac.* Gail. 2. *Obſ.* 90. *n.* 2. Contra verus caſus ſingularis ubi uxoris res dotales obligatæ pro marito ex cauſſa primipilaris adminiſtrationis *L.* 4. *C. d. t.* Quæ ratio? vid. Fr. Munnoz. de Eſcobar. *de Ratiocin. adminiſtr. C.* 39. *n.* 9. *& ſeq.* Non item res aliæ, paraphernales *L.* 1. *C. de privil. fiſci* quas LL. recte ſic conciliant DD. diſſ. licet Hot. *ad d. L.* 4 Iure Lubecenſium *Lib.* 1. *Tit.* 5. *Art.* 7. bello captum redimendi neceſſitas ex bonis coniugis. Statuta equidem quibus uxor debita mariti ſolvere obligata valent, cuiuſmodi Coloniæ, Noribergæ, Gothæ, &c. Mynſ. *Obſ.* 29. Gail. 2. *Obſ.* 90. *n.* 1. Coler. *Deciſ.* 31.

3) Excepta hic ſpecies primipilaris adminiſtrationis patris, quæ filium quoque obſtringit, eaque ſola *L. ult. Cod. de Primipilo Lib.* 12. *tit. pen.* Harmenop. *Lib.* 3. *tit.* Duar. *ad tit. Cod. Ne fil. pro patre* Quis primipilus antiquis Romanis fuerit fuſiſſime explicat Ald. Manut. *de Quæſitis per Epiſt. Lib.* 2. *Epiſt.* 3. & Covar. 1. *Var. Reſol.* 16. *n.* 7. in quo Accurſiani arguntur & Anton. Capyc. *Deciſ. Neap.* 129. *n.* 15. *& ſeq.* Tenetur & pro patre captivo vel carceri incluſo fideiubere filius, ſi impietatis notam & exheredationis iniuriam evitare velit *Nov* 115. *Cap.* 3. §. 8. Hering. *de Fidei. Cap.* 7. *n.* 348. *& ſeqq.* Statuta vero quibus filii mercatorum tenentur creditoribus paternis, licet non probentur heredes, vades, valere putat Catellia. Cotta *in Memoral. v. Teſtam. in quo pater præterit &c.* Mynſing. 1. *Obſ.* 29. Contra non valere ut pater pro filio teneatur, niſi is mercatus quæſtum patri referat, Benvenut. Straccha *de Mercat. P.* 1. *ult. Partis principalis*, *Quom. in cauſſ. mercat. proced. n.* 15. De obligatione patris pro filio vid. Vinc. Caroc. *de Excuſſ. bono P.* 2. *Q.* 6. Cæterum ſignificat Iuſtinianus *in Nov.* 134. *C* 7. ſuo tempore iniquitatem obtinuiſſe, quam in poſterum exerceri diſtricte vetat, ut liberi ob debitum paternum in oculis detinerentur & ad ſervitia compellerentur. Obtinuiſſe autem puto non certo aliquo vel conſtituto iure, ſed pravo uſu & conſuetudine, in eamque, contra quam debuerunt, ſæpe iudices non animadvertiſſe. Nam & dudum antea Diocletianus & Maximianus *L.* 12. *C. de O. & A.* vetuerant generatim liberos homines vel ob debitum proprium in ſervitutem vindicari. Sic enim voculam *liberos* in d. *L.* 12. exponunt, nec de ſolis filiis filiabusve accipiunt Cuiac. *in d. Nov.* 134. A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 8. *Princ.* 6. *Ill.* 2.

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER DECIMUS SEXTUS.

De solutionibus, & omnis generis liberationibus.

CAPUT I.

Quibus modis tollatur iure obligatio: ac primum De interitu & periculo rei debitæ,

Transitio ad liberationes seu modos tollendæ obligationis. I.
Liberationes aut communes omnium, aut certarum obligationum propriæ. II.
Communes sunt aut iure ipso, aut per exceptionem. Qualis uterque modus. III.
Iure tollitur obligatio suâ sponte ipsius rei mutatione prioris status; & quæ mutatio talis. IV.
Tres ex ea mutatione liberationis species, & quæ. V.
Interitu rei debitæ contingit liberatio, & quatenus. Rei duplex interitus, & qualis uterque. VI.
Quid si res debita sit in genere, quod perire nequit. VII.
Interitum rei mutuo aut æstimato datæ sequitur liberatio; non ita rei commodatæ aut inæstimatæ. VIII.
Differentiæ ratio IX.
Si duæ res, eæque certæ fuerint in obligatione, sive coniunctim, sive disiunctim: una earum perempta debetur altera. X.
Quid si perempta res debita disiunctim fuerat oblata creditori, aut illius offerat debitor æstimationem. XI.
Num aliena area promissa, si in ea dominus ædificaverit, ex eo sit ita mutata, ut non debeatur. XII.
Interitu certæ rei secuto, nec rei æstimatio, nec eius pars ulla debetur. XIII.
Secus in rei furtivæ interitu; & quare. XIV.
Qui Stichum dedit, ut Pamphilum haberet, hoc mortuo, debetur ille; & cur ita. XV.
Res semel peremta, non debetur, licet restituatur in integrum. XVI.
Duo excipiuntur, & quæ. XVII.
Tria debitoris facta etiam interemtæ rei perpetuant obligationem; & quæ. XVIII.
Si res culpa debitoris pereat, perpetua fit eius obligatio. XIX.
Aliter, si culpa in non faciendo consistat. XX.
Et quid in bonæ fidei contractibus. XXI.

I. DE obligationibus, earumque generibus, & caussis, ac potestate hactenus. Quæ omnis eo pertinet tractatio, ut norimus, quid, cui, a quo debeatur. In quo est pars altera iuris nostri, seu eius quod suum est cuiusque. Nondum tamen ad huius iuris constitutionem satis. Potest enim quod cuiquam deberi cœpit, postea desinere deberi. Quod si fit, eo res redit, ut nihil hic magis nobis debeatur, nihil magis sit nostrum, quam si nunquam debitum fuisset, nunquam eius rei obligatio & petitio constituta. Atqui quod accidit in cæteris partibus iuris nostri, id est, eius, quod cuiusquam nostrum esse inci-

incipit, ut certis modis adquiratur ab initio, quæsitum conservetur, ac tandem etiam amittatur; idem & in hac parte accidit, ut constituatur obligatio certis modis, iure actionis conservetur, ac tandem etiam suis modis intereat, quo debitori consulatur: quibus in partibus recte dictum est ab Ulpiano consistere totum ius, id est, id omne quod est nostrum, seu iuris nostri. *L. ultim. D. de legib.* Ea res facit, ut obligatione quavis ab initio constituta, non tamen prius certum esse possit aliquid nobis deberi, quam constiterit id ita deberi cœptum, ut & perseveret, nec deberi desierit. Quod si ita est, restat etiam hæc pars ad universam debiti, & iuris ex ea re nostri quæstionem, ut quomodo quidque deberi desinat, cognoscamus: ne forte cum desierit, ibi quæramus debitum, ubi nullum est. Qua parte ita de obligatione & iure suo finito admonetur creditor, ut potissimum consulatur debitori, qui vinculo obligationis solvitur.

II. Deberi unumquodque desinit, cum ea obligatione atque actione qua prius tenebatur, debitor liberatus est. Ut obligandi debitoris certi modi sunt iure constituti, ita & liberandi. Itaque qui quibus modis debitor liberetur, noverit, idem non solum quod illi commodum sit, sed etiam quod adversus creditorem deberi desinat, noverit. Et liberationum genera summa sunt duo; communes quædam omnium obligationum; quædam certarum obligationum propriæ.

III. Communes liberationes si quærimus, quas in hac tractatione primas esse oportet: liberandi debitoris ratio communis iure recepta, duplex est. Aut enim liberatur quis ipso iure, aut per exceptionem. 1 *L. qui servum, §. 1. D. de obligat. & actio, L. cum quis, 38. §. 1. L. qui decem, 72. D. de solut.* Ipso iure liberatur debitor, cum ipsa penitus tollitur obligatio, quod fit, cum verbis ipsis legis liberatur debitor sine alio suo facto. Per exceptionem tunc, cum manente subtilitate iuris obligatione aut actione, reus æquitate aliqua defenditur, proposita ei in eam rem exceptione, quam actioni opponat. *Institution. de exceptionib.* in prin. & deinceps. Quod quibus modis accidat, postea suo ordine dicetur.

IV. Tollitur iure obligatio, partim suapte conditione nullo facto atque opera adhibita eorum ad quos ea obligatio pertinet, ipsis, inquam, ignorantibus, atque etiam invitis; partim horum opera & facto. Suapte conditione & ignorantibus reis tollitur obligatio tribus modis. Aut enim mutatione prioris status 2 extinguitur, aut amissione & periculo rei debitæ, aut tempore ipso sua sponte finitur. Mutatio prioris status non quævis perimit obligationem, sed cum mutatione recidit obligatio in eum casum, a quo incipere non poterat; quod cum accidit, generaliter admissum est extingui obligationem, sententia tradita in *L. pro parte, D. de servitutib. §. item contra, Institut. de inutilib. stipulationib.* Non dixi omnem caussam, atque omne negotium extingui, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. Neque enim id verum est. *L. penultim. §. 1. D. de verbor. obligation.* Omninoque definitio ad negotia iam perfecta non pertinet, ut declaratur in *§. furiosi, Institut. quib. non est perm. fac. testam. L. existimo, D. de verbor obligation. L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. iur* Qua ratione recte dictum est illud regula iuris, *non esse novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo incipere non potuerunt.* L. in ambiguis, 85. *§. non est novum, 1. D. de divers. regul. iur. antiq.* In negotiis nondum plene perfectis, & quæ adhuc pendent, definitioni locus est. Illud certe constitit, admissam esse in obligationibus contractis, ut si in eum casum venerint, a quo consistere non poterant, placeat eas extingui. *d. L. pro parte, D. de servitutib. L. pen §. 1. D. de verbor. obligation.* Ac de sententia tota scripsi fusius ad *d. L. pennlt §. 1. D. de verbor. obligat:* Recidit autem obligatio in eum casum, a quo incipere non poterat, cum quæ res ab initio constituebant obligationem, & sine

1) Ipso iure id est ipsa ordinatione seu constitutione civitatis, sine iudicis sententia, sine partis exceptione, ita Vac. 1. *Declar.* 20. *n.* 2. Quando ipso iure liberatur debitor, simpliciter sublata obligatio. Ac licet condemnatio sequuta sit, quamprimum de eo (ex. gr. acceptilatione) apparet, sententia ipso iure nulla. Sed si ope exceptionis non extinguitur, verum infirmior redditur, ut operari nequeat, exceptione opposita. Quæ si non opponatur, sententia valet & iusta est, *Jas. ad L.* 27. §. 2. *de pact. n.* 1. Exceptio enim initio contestanda. Et dabatur olim iudicium a prætore addita exceptione: Extra quam si pactus erit ex. gr. Qua probata demum apud iudicem pedaneum tollebatur actio in id temporis efficax, Baro *ad d. L.* 27. §. 4. Tametsi Bellon. 2. *supput.* 10. putet si ex actis iudicii constet de exceptione licet non opposita, eum supplere illam posse, & inde reum absolvere: Sunt & quidam speciales effectus, ut in *L.* 75. §. 1. *de L.* 3. iunct. *L.* 28. *eod* debito perempto per exceptionem utile legatum, secus si ipso iure, Ræv *ad L.* 13. *de R. I.* vid. & Donell. noster *ad* §. 10 *instit. de act.* & de verborum *ipso iure* variis acceptionibus Tob. Pautmeist. *Lib.* 1. *de iurisd. C. ult. n.* 29. *& seq.*

2) Sic capitis deminutio omnis tollit obligationem. Sed Prætor dat restitutoriam actionem, *Goed. ad L.* 20. *de V. S. n.* 2. *&* 3.

ſine quibus conſiſtere non poterat, eæ in contrarium verſæ eſſe deſierunt. Cuius generis hæ ſunt: res quæ promittitur, ſine qua nihil dari aut fieri poteſt: perſonæ eorum, inter quos obligatio intercedit; neque enim quidquam deberi poteſt, niſi ſint duo, quorum unus debeat, alteri debeatur: poſtremo adquirendi finis: eſt enim omnis obligatio in hoc comparata, ut adquirat quiſque quod ſua intereſt.

V. Demus hæc omnia recte concurriſſe ab initio, eoque & conſtitiſſe obligationem. Si quid horum poſtea in contrarium verſum erit, ſive quod deſierit eſſe res, quæ daretur, fieret; ſive quod unus & idem cœperit creditor eſſe & debitor; ſive quod creditori iam ſatis res ſit quæſita ex una cauſſa, ut ex alia dari non poſſit: neceſſe eſt evenire, ut his caſibus tollatur obligatio, quæ quibus rebus ab initio recte contracta eſt: non poſſit, quin contracta iiſdem illis conſiſtat. Hinc huius generis liberationis receptæ tres ſpecies natæ ex illo fonte; interitus rei debitæ; confuſio obligationis; duarum cauſſarum lucrativarum in eamdem perſonam concurſus.

VI. De interitu rei ad liberationem ita ius eſt, ut debitor, niſi quod factum eius privatum impediat, interitu rei debitæ ipſo iure 3 liberetur, & ignorans ipſe, & invito creditore. *L. ſi ex legati, D. de verb. obl. L. quod te, D. ſi cert. pet.* Nempe re ſublata, quæ dari poſſit, ſine qua ut ab initio non potuit contrahi obligatio, ſic nec poſtea conſiſtere, utpote præſtatione impoſſibili conſtituta. Impoſſibilium autem nulla eſt obligatio, iuxta regulam iuris. *L. impoſſibilium, D. de reg. iur.* Interitum hic accipi volumus paulo latius, ut contineatur non naturalis tantum, ſed & civilis. Naturalem voco, cum ſecundum naturam res in rebus humanis eſſe deſiit; ut cum animal promiſſum occiſum eſt; ædes incendio conſumptæ; fundus a mari occupatus. Civilem, cum res quæ exſtat in rerum natura, deſiit eſſe in hominum commerciis, ut iam iure civili tam dari non poſſit, quam ſi omnino non exſtaret: ut ſi fundus promiſſus factus ſit ſacer aut religioſus; ſervus liber. Utroque modo ſicut res pariter dari poſſe deſinit: ita pariter & debitor tamquam re ſublata liberatur. De priore interitu eſt in *d. L. ſi ex legati, D. de verbor. obligation.* de poſteriore in *L. inter ſtipulantem*, 83. *§. ſacram. D. eod. §. item contra, Inſtitut. de inut. ſtip.*

VII. Interim exigimus non cuiuſvis rei, ſed rei debitæ, & ut Pomponius loquitur in *d. L. quod te, D. ſi cert. pet.* interitum eius quod te dare oporteat. Proinde ſi res debita non perierit, quantumvis perierint debitori res eius omnes ad unam, nihilominus ſemper idem debebit, nec ullus interitus rerum ſuarum ei liberationem adferet. Unde eveniet, ut ſi quæ ſint res, quæ perire non poſſint, recte de his in univerſum definiatur, debitorem nullo caſu fortuito earum rerum obligatione liberari. Quod de ære alieno traditum eſt in *L. incendium, C. ſi cert. pet.* his verbis: *incendium ære alieno non exuit debitorem.* Non ſane quod perpetuum non ſit, debitorem interitu rei debitæ liberari: ſed, quia æs alienum, id eſt, pecunia numerata debita, & ſi quid eſt ſimile, interiiſſe dici non poteſt: ut proinde ad ſuperiorem illam definitionem non pertineat. Tales autem ſunt 4 res omnes incertæ, ſeu generaliter deductæ in obligationem, ut centum aurei, modii frumenti decem; centum amphoræ vini, decem boves, decem equi. Ut enim res omnes debitoris pereant, tamen diei non poſſunt illi centum aurei, quos debuit, periiſſe; quia certos non debuit, eoque non ſuos magis, quam alienos, ſed generaliter & infinite centum, ubi ubi illi fuerint, quos nanciſci poſſit poſtea, & dare. Sic enim vis eſt generalis ſermonis, ut qui generaliter hominem promiſit, legavitve, compendio orationis omnes homines comprehendiſſe intelligatur. *L. Mævius, §. duorum, D. de leg.* 2. At rebus omnibus debitoris amiſſis ſuperſunt adhuc alieni nummi, qui ſunt innumerabiles, quos eoſdem eonſtat non minus deductos in obligationem. Inde traditum in *L. in ratione, §. incertæ, D. ad leg. Falc.* rebus incertis legatis, puta argenti pondo tot; quidquid inde deberi ſemel cœperit habita ra-

3) *L. quæ fortuitis* 6. C. *de pig. act. L.* 72. *pr. pen. de ſolut. L.* 94. *§. ult. Dep. & ſimil.* vid. Donell. *ad d. L.* 6. Pac. 3. Q. 63.

4) Debitor generis non liberatur ſi vel debet quantitatem ac rem fungibilem, vel de pluribus ſpecie differentibus, prædicari aptum, Io Saporita *Tr. Mora C.* 3. *n.* 86. & 2. *ſeqq.* Nec enim generis interitus liberat, quia nullus, nec ſpeciei, quia ea non debetur, ſed una perempta aliæ manent. Pac. 3. Q. 63 Nec ſatis exacte Vult. 1. *Diſcept.* 15. *pag.* 122. regulam de caſu fortuito in contractibus non præſtando, *L.* 23. *de R. I.* accipiendam cenſet de contractibus mutuæ præſtationis. Secus eſſe in mutuo. Nam immo caſus fortuitus non recte dicitur præſtari in mutuo, cum res potius pereat debitori tanquam domino, nec eum præſtat in ea ipſa re ad quam reſtituendam obſtrictus eſt. Exceptio tamen in pecunia traiectitia, Briſſ. *Lib.* 3. *de Solutionib. Tit. de Interitu*, Sed id eſt ex conventione. Item ſi genus debeatur ratione certæ ſpeciei, ut & in debitore generis ſubalterni *L.* 31. *Locuti* Ang. Mattheac. *Lib.* 2. *Epit. legat. C.* 21. *n.*

ta ratione patrimonii, quod fuit tempore mortis, id deinceps ita debitum iri, ut ad minuendam eam obligationem nihil quidquam damna in hereditate postea incidentia heredi proficiant: & additum, de rebus certis, si res legatæ interierint, pro nulla parte eas, ac ne æstimationem quidem deberi. Cum ergo de liberatione debitoris ob interitum rerum eius quæritur, sciamus quæstionem esse in eo, utrum quod periit, debitum fuerit, necne; ut si fuit debitum, debitor liberetur; si non fuit, non liberetur.

VIII. Ex hoc iure est illa distinctio inter commodatarium, & eum cui pecunia mutuo data est, quæ exstat in §. *item is*, *Inst. quib. mod. re contr. obl.* ut is quidem qui commodatum accepit, si quolibet fortuito casu id amiserit, liberetur. Nempe ideo, quod res commodata periit, & hæc certo debebatur: in mutuo pecunia mutuo data periit quidem, sed hæc non debebatur: debebatur enim alia eiusdem generis & qualitatis. *L.* 2. in prin. *L.* 3. *D. si cert. pet.* Ex eodem iure est distinctio iure recepta de periculo rerum quæ æstimatæ datæ sunt, & non æstimatæ. Quibuscunque in contractibus res data simpliciter eadem restitui debet, ut in commodato, & rebus in dotem datis: in his ita servatur ut si res non æstimatæ datæ sint, & casu perierint, periculum sit eius qui dedit, atque ita debitor eo casu liberetur: sin datæ sint æstimatæ, periculum contra sit eius qui accepit, ut is scilicet nihilominus obligatus maneat. *L. si ut certo*, §. *commodatum*, *D. commod. L. plerumque*, in pr. §. *si ante*, *D. de iur. dot. L. unica*, §. *cumque*, in fin. *C. de rei uxo. act.*

IX. Cur hæc tam varie: cum sive res æstimatæ dentur, sive non æstimatæ, semper iidem sint contractus commodati, & dotis, & utrobique eædem res dentur, & quidem certæ? Scilicet quia cum res certa commodata est, aut in dotem data non æstimata, ipsa debetur, non alia, §. *item is*, *Instit. quib. mod. re cont. obl. L. unica*, §. *cumque*, *C. de rei uxor. act.* ut dicendum sit, si ea periit, rem debitam periisse. Cum autem res æstimata data est, hic contrahitur emptio, ex qua qui rem accipit, non iam hanc debet, sed æstimationem emptionis pretium. *L. quoties*, 5. *C. de iur. dot.* Quæ res facit, ut si res data pereat postea, non possit dici res debita periisse, eoque nec eius interitu tanquam interitu rei debitæ debitor liberetur. Summa ergo hæc sit, si res debita non periit, debitorem nullo interitu rerum suarum liberari, etiamsi omnibus fortunis exciderit. Contra si periit ipsa quæ debebatur, eum liberari, quanvis ei homini alioqui locupleti res omnes suæ cæteræ salvæ sint. Tantum illud videndum est, utrum res certa debita fuerit, an incerta. De incertis hoc statuendum, has perire non posse: ideo in his omnem liberationem ex interitu rei debitæ cessare. Certæ perire possunt: ideo videndum, an perierint: quod si acciderit, tum superiori constitutioni de interitu rei locum esse.

X. Quo in genere rerum quod una tantum re, certa debita accidit, ut ea perempta debitor liberetur: hoc & pluribus promissis accidit, ut una quidem perempta, debitor liberetur eatenus, sed altera obligationi supersit. Duabus rebus coniunctim debitis, puta Sticho & Pamphilo, nulla dubitatio est, cum per se singulæ & separatim tanquam solæ debeantur. Sed & hoc idem ius est, si disiunctim promissi sint Stichus aut Pamphilus. Altero scilicet mortuo ita ab eo liberatio est, ut debeatur is qui non periit, atque ita eveniet, ut qui vivit, solus petatur, ut Papinianus scribit in *L. Stichum*, in pr. *D. de solut.* Non enim is qui periit ita debebatur, ut certum esset eum esse, qui deberetur solus: quo fit ut non possit dici in eo res debita periisse. At illo mortuo iam certum esse incipit eum qui superest solum deberi. Quamobrem & hic debebitur, ac petetur, solus, ut disserui ad *L. stipulatus sum Damam*, *D. de verb. obl.*

XI. Sic tamen uno ex his mortuo non liberatur debitor, nisi prius eum debitor obtulerit, & creditor sine iusta caussa accipere recusarit. *d. L. stipulatus sum.* Sed & eo non oblato sic is qui superest, debetur; ut placeat debitorem demortui pretium offerendo liberari. *L. cum res.* §. *sed si Stichus. D. de leg.* 1. Merito, non enim casus interveniens adimere debet electionem, quam ille ante habuit. Hoc ius mutat debitoris mora. De qua est in *d. L. Stichum*, *D. de sol.* Sed de mora postea suo loco.

XII. Sed quæcunque res debebitur, ut sequatur liberatio ex hac parte, rem interiisse volumus: de quo interdum dubitatur. Exsistit autem hæc dubitatio in area aliena promissa, in qua dominus ædificaverit. Quæritur enim an quoniam res ita mutata est, qua etiam ex mutatione ususfructus exstinguitur: exstinguatur etiam stipulatio, quasi area sublata. Tractat hanc quæstionem Paulus in *L. cum res*. 98. §. *aream*, *D. de sol.* & tandem statuit, aream

ream in qua ædificium positum fit, non ideo desinere in rerum natura esse: immo ut ædificio posito ædes consistere incipiunt; ita & maxime aream manere, quia pars ædium fit area, & quidem maxima, cui etiam superficies cedat: ideo etiam nunc peti posse aream & æstimationem eius solvi debere.

XIII. Interitu rei debitæ posito, quem exigimus, sic hoc interitu debitor ab ea re liberatur, ut nulla sit reliqua eo nomine obligatio. Id eo spectat. Dici enim potest rem quæ non exstat, non deberi, quia per rerum naturam præstari non potest: at deberi saltem æstimationem, quia hæc potest præstari. Atque ut hanc non placeat deberi at saltem peti posse, quod ex corpore rei peremptæ superest, quasi eius rei partem. Nos autem hoc intelligi volumus sic rei interitu exstingui obligationem, ut neque huius, neque illius præstationis ulla supersit petitio. Sic ergo hic res perempta definit deberi, ut nec debeatur æstimatio. *L. cum res*, *§. ult. D. de leg.* 1. *L. in ratione*, *§. incertæ*, *D. ad leg. Falc.* Merito: non enim per se deberi potest, quæ in obligationem non est deducta; & multo minus per consequentiam rei, cum desierit res ipsa iure ipso deberi. Sed etsi ex re perempta superiit aliquid, ut ex bove debito mortuo corium, caro, pilus, cornua: placet ne horum quidem quidquam deberi aut peti posse. *L. mortuo*, *D. de leg.* 1. Quippe animal tantum debitum fuit, & si de partibus agitur, animalis tantum partes. At mortuum animal esse desiit, & quidem ita, ut si quid ex eodem corpore post mortem superest, dici possit trunci & cadaveris pars esse, at certe non animalis.

XIV. Et tamen bove surrepto placet furem ita teneri condictione furtiva, ut quanvis bos casu perierit, nihilominus & corii, & carnis, & cæterarum reliquiarum sit condictio. *L. si servus*, *§.* 1. *D. de cond.* Optima ratione duabus de caussis. Primum quod debitorem interitu rei ita liberari intelligimus, si non ante in mora fuerit, ut postea dicetur. Fur autem ut item dicemus postea, in re furtiva reddenda perpetuo moram facere intelligitur: ut proinde quasi re exstante & de re ipsa & de partibus eius omnibus teneatur. Tum autem alia caussa est rei debitæ ante interitum, alia rei nostræ. Animal si tantum debitum fuit, nihil hic amplius nobis debetur, quam animal, eiusque animalis, quatenus animal est, partes. Cum autem ante interitum animal nostrum est, hic non tantum ipsum animal integrum nostrum est: sed & quæcunque sunt in externo corpore partes, omnes nostræ sunt. Eo fit, ut & re mea sublata, quod ex ea superest, meum sit, ut prius fuerat. *L. solum*, *§.* 1. *D. de rei vind.* Si meum, etiam id vindicandi ius erit. *d. L. solum*. Ergo & in re furtiva ius condicendi; quia condictio furtiva domino competit. *d. L. si servus*, *§.* 1. *de cond. furt.*

XV. Sed meminerimus in omni hac liberatione hoc dicere nos, debitorem interitu rei debitæ ita liberari, ut liberetur solum ab ea re, quæ periit; hac ratione quia nec a principio ea debere potuit, quæ non esset, & quia eventu fit hic quoque impossibilis præstatio. Quod si idem simul aliam rem debuit, non eo minus etiam nunc tenebitur eadem obligatione: ut si dederim tibi Stichum, ut Pamphilum mihi dares: Pamphilo quidem mortuo eum amplius non debebis, neque eius æstimationem, & hactenus Pamphilus quem dare debuisti periculo meo erit, ut in huiusmodi specie scribit Paulus in *L.* 5. *vers. sed si scyphos*, *D. de præscr. verb.* Sed ea res non officiet, quominus possim a te repetere Stichum quem dedi, tanquam ob caussam datum caussa non secuta; quia & hunc ex alia caussa debueris atque hic non periit. *L. ult. D de cond. caus. dat*.

XVI. Sed esto; re debita sublata debitor a præstatione omni eius rei liberetur, quamdiu res eo in statu est. Quid fiet, si res quæ mutatione sui esse desierat, in pristinum statum redierit? an non saltem hoc casu tanquam impedimento obligationis sublato redintegratur obligatio? Placet non restitui, eaque fere summa est disputationis Pauli in *L. inter*, *§. sacram*, *D. de verb. oblig.* ubi hanc partem tractavi diligenter.

XVII. Duæ res exceptæ; navis aliena promissa postea a domino dissoluta; & promissa aliena insula sublato postea a Domino ædificio. Nam si hæ postea eadem materia restitutæ sint a domino, hæc distinctio adhibetur, ut intersit quo animo dominus primo dissolverit, si quidem hoc animo, ut restitueret; restitutas postea easdem res videri; proinde & obligationem durare, quæ magis videatur cessasse interim, quam exstincta esse. Sin eo animo, ut tolleret; quanvis postea mutato consilio eas restituerit; tamen alias res videri; ideoque exstinctam semel obligationem non restitui. Hoc Paulus in *L. cum res*, *§. aream*, *D. de sol.*

XVIII. Sed hæc omnis liberatio, quæ ex

ex interitu rei contingit, hanc conditionem habet, quam supra adiecimus, si non aliquod factum privatum debitoris impediat. Tria sunt autem facta debitoris, quæ re perempta obstent ei, quominus eo casu liberetur: quæ ideo dicuntur perpetuam facere obligationem; factum, 5 culpave debitoris in re tollenda; eius mora in re solvenda; eiusdem conventio de casu & periculo rei præstando.

XIX. Facto debitoris si res interiit, aut aliter desiit dari posse, tam tenetur, quam si res adhuc exstaret. Ut significatur in *§. item contra, Inst. de inut. stip.* Id autem est, quod veteres definiunt, si per debitorem factum sit, steterit, quominus re stante eam daret, ac postea res perierit, detrimentum eius esse, ac nihilominus eum teneri. *L. quod te, D. si cert. pet. L. si ex legati, D. de verbor. oblig.* Apparet enim maxime per eum stare, quominus rem det, qui ipse fecit, quominus posset dare: quem præcipue constat perpetuo teneri. *L. si servum, §. sequitur, D. de verb. obligat.* Hoc idem declarat illa constitutio veterum, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, ut refertur a Paulo in *d. L. si servum, §. sequitur.* Nam & hæc præcipue culpa est debitoris in interitu & periculo rei, cum ipse fecit, quominus solvere possit, ut Paulus *ibidem* interpretatur. Unde & hoc factum in hac culpa præcipue numerat: de qua etiam specie in explicatione eius regulæ ideo. differit statim initio *d. L. si servum.* Ergo hoc factum, atque hæc facti culpa perpetuat obligationem, idest, ut explicatur in *ead. L. §. nunc videamus*, perpetuam facit: id autem est, facit, ut debitor deinceps perpetuo teneatur, quasi res exstaret. *d. L. si ex legati, L. nemo, 82. §. 1. D. de verb. oblig.* Factum idest, si vel occidit ipse promissum animal, vel rem aliam debitam de medio sustulit, aut rem exemit ex hominum commerciis, dum aut fundum promissum sacrum aut religiosum facit, aut servum promissum manumittit. *d. L. si ex legati, d. L. si servum,* in prin. *D. de verb. oblig.* Sane qui servum promissum occidit ex caussa legibus cognita, non tenetur. *L. quid ergo, §. si heres, D. de leg. 1. L. qui servum, D. de verb. oblig.* Nulla enim culpa est in eo, quod iure facias. *L. 4. L. 5. §. iniuriam, D. ad L. Aquil.* Constitutio autem veterum tantum hic culpam notat. Adeo autem debitor qui rem debitam nullo iure occidit, tenetur, ut quanvis ignorans esse debitam occiderit, placeat eum teneri: veluti si heres promissam aut a se legatam ignorans occiderit. *d. L. si servum, §. de illo, de verb. obligat.* Merito, ne factum cuiusquam alteri damnum adferat, quæ ratio redditur in hac specie in *L. quidam, §. pen. D. ad Treb.* Neque vero hoc factum culpa vacat, ut proinde hæc sententia superiori constitutioni adversetur. De quo tamen quia potest dubitari, licet adire ea quæ scripsi in eam rem ad *d. L. si servum,* in princ. Per debitorem factum, ut res interimeretur, sic accipimus, non solum si interemit ipse, aut sustulit de medio rem privatam, sed etiam si alius quivis, si factum debitoris ei rei caussam dedit. Ideo si servum promissum alienavit, placet eum semper teneri, si novus dominus eum occidit, vel manumisit. Hoc in *ead. L. si servum,* in prin. ubi & rationem huius sententiæ expedivi. Idem est, si servum aut aliud animal compulit, ut alii malefaceret, unde factum sit, ut ab illo occideretur. *d. L. quid ergo, §. ult. de leg. 1.*

XX. Sed quoniam culpa, qua fit, ut res debtia intereat, non tantum in faciendo est, sed etiam in non faciendo, ut si quis servum ægrotum negligat, quamobrem & is sit mortuus: quæsitum est, utrum hanc quoque culpam debitor præstare debeat, ut re ideo perempta non minus teneatur, quam si facto eius atque opera res periisset. Tractat hanc quæstionem Paulus in *d. L. si servum.* statim ab initio. *D. de verb. obligat.* Et negat promissorem ea culpa teneri, quæ fit in non faciendo. Negat, inquam, si promissor animal ægrotum non curaverit, atque ita passus sit interire, eum eo nomine non teneri. Et addit rationem, quæ ad omnem negligentiam etiam latam pertineat; *quia,* inquit, *qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur:* quo declarat debitorem ideo posse suo iure non curare ægrotum, quia non promiserit se in re promissa quidquam facturum. De quo etiam disserui pluribus ad *d. L. servum,* in princ.

XXI. Sed hæc de promissore a Paulo dicta sunt, id est, qui ex stipulatione contracta stricti iuris rem debet. In contractibus bonæ fidei, ut commodato, depo-

sito,

5) Vid. Io. Lubler. *de Incendio C. 2. n. 138. & 5. seqq.* confer. Barthol. Keckerman. *Cursus philos. Disp. 21. Probl.* 16. Sed ita si negotium istud colpæ præstationem recipiat, ut non tam casus qui sequitur, quam culpa luatur: de quibus pluribus Vaud. 2. Q. 33. Casu autem fortuito probato an & ostendendum debitori sine culpa sua accidisse, an culpæ probatio adversario exigatur, vid. Hartm. Pist. *Lib. 1. Q. 18.*

sito, pignore, emptione venditione, locatione conductione, societate; itemque in legatis & fideicommissis aliud servatur; in quibus omnibus debitor dolum & latam culpam, nec non & latam negligentiam semper præstat: usque adeo, ut præstet etiam in deposito. *L.* 1. §. *ult. L. quod Nerva, D. depos.* Culpam autem ita, ut sunt ii contractus, qui dolum & culpam recipiunt: de quibus paulo post dicetur in amissione rei debitæ, quæ salva rei substantia contingit. Nunc exemplo erit emptio & venditio. Item legata & fideicommissa: in quibus sive venditor servum venditum nondum traditum ægrotum non curavit; sive emptor idem fecit in servo, quem redhibere vult, sive heres idem in servo legato, & inde servus periit: placet eos omnes obligatos manere. *L. quod si nolit*, §. *culpam, D. de ædil. ed. L. cum res*, §. *pen. D. de leg.* 1.

C A P. II.

De mora.

Mora quoque perpetua fit obligatio. I.
Mora quid. Iusta hæc vel iniusta. Posterior in iure solemnis. II.
Tria ad moram necessaria. III.
1. *Interpellatio unica, eaque contempta, esto citra iudicium facta.* IV.
Nisi fuerit interpellato recusandi iusta caussa. V.
Quæ iustæ caussæ recusandi. VI.
2. *Dies obligationi adiectus, idemque transmissus.* VII.
Quid dies differat ab interpellatione. VIII.
3. *Iniusta alienæ rei detentio. Hæc ad quos pertineat; & quid illi cum mora conveniat.* IX.
Quibus in caussis mora committatur ex ipsa rei dilatione. X.
Finitur mora voluntate creditoris; & quatenus. XI.
Item opera debitoris. XII.
Purgatio moræ qualis: quæ eius vis & effecta. XIII.
Mora periculum sequitur debitorem. XIV.
Exponitur L. si plures 14. §. 1. D. dep. *Eademque cum* L. item si § ult. D. de R. U. & *cum* L. cum res §. *ult.* D. de legat. *conciliatur.* XV.

I. UT culpa debitoris, quæ interitui caussam dedit, sic eius mora perpetuat obligationem. Est enim mora species eius culpæ, per quam fit, quominus debitor præstet, quam debuit: quam culpam veteres, ut dixi, definiunt perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur, D. de verb. obl.* Id autem habet hanc sententiam, si res debita perierit post moram, teneri eum nihilominus perinde ac si res extaret, eoque perpetuo. *L. nemo*, 82. §. 1. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. oblig. L. quod te, D. si cert. pet.* Scripsi pluribus & ex professo iam olim de hac parte in commentario de Mora; attigi eumdem locum ad *L. si ex legati, D. de verbor. oblig.* & ad *L. quod te, D. si cert. pet.*

II. Nunc ut pro instituto summam breviter exsequar. Mora in debitore generaliter dicitur, omnis debiti dilatio sive ea non iniusta sit, sive sit iniusta. Quo modo in *L. si pupillus, D. de verb. oblig.* dicitur initio pupillus moram fecisse, qui paulo ante negatur fecisse; dum scilicet hoc significatur verbo eum fecisse moram, quia solutionem distulit: iure autem non fecisse. Et in *L.* 1. §. *item is, D. ad leg. Falc.* in hoc legato heres meus Seio penum dato: si non dederit, decem dato; heres dicitur solum decem debere, si moram in penu solvenda fecerit. Abusive moram fecerit, pro cessaverit penum dare: cum vere in penu solvenda moram facere non possit, a quo ea penus peti non potest. Sed in usu iuris, quo verbum moræ ad effectus adversus moram iure constitutos refertur, mora dicitur solum ea quæ iniusta est; ubi autem iusta ratione aliquid sit differendi caussa, in mora non habetur. *L. secundum, D. de usur.* Idque est omnino quod dicitur in *L. mora*, in prin. *D. de usur.* moram non ex re fieri, sed ex persona. Id enim valet, non fieri moram ex dilatione rei sola, aut ut hoc explicatur alibi, ex ipso tempore tardæ solutionis, quod est in *L. minorum, C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* Sed ex persona, id est, ex vitio personæ, seu si qua culpa in persona eius qui differt, accesserit, ut dici possit esse quod ei imputetur, si non solverit.

III. Iniustam debiti solvendi dilationem

nem, ac proinde moram tria faciunt: interpellatio creditoris contempta; dies solutioni adiectus transmissus; & alienæ rei occupatio detentioque omnis cum maleficio coniuncta.

IV. Interpellationis hæc vis est. Debitor recte interpellatus, si non præstat quod debuit, & nulla recusandi iusta caussa est, moram facit, *L. mora*, in pr. *D. de usur. L. si ex legati*, *D. de verb. obligat.* Nihil hic amplius veteres exigunt ad moram, quam ut debitor a creditore sit interpellatus. *d. L. mora*, *d. L. si ex legati.* Itaque non adiiciunt iudicio. Proinde non tantum si creditor egerit cum debitore, debitor hoc modo moram faciet; quo modo moram fieri a reo, qui litigare maluit, nulla dubitatio est, constatque ex his locis. *L. nemo.* 82. *§.* 1. *de verbor. obligation. L. item si*, *§. ultim. D. de rei vindicatione*, Sed etsi interpellatus sit debitor extra iudicium, & denuntiatum ei, ut solveret. Collectio est veteribus usitata, ut in *L.* 9. *§.* 1. *D. quod met. cau. L. item veniunt*, *§. petitam*, vers. *a quo*, *D. de her. pet.* Quamquam & sententia ipsa de extraiudiciali interpellatione fatis indicatur in *L. mora*, illic, *& non sufficit*, *D. de usuris*, & *L. si decem*, 48. *D. de verbor. obligation.* Ne illud quidem exigunt, ut debitor interpellatus sit sæpius. Unde & illud intelligimus, vel unam interpellationem creditoris contemptam ad moram satis esse. Et ideo quod quibusdam locis proponitur debitor sæpius conventus & denuntiationibus sæpe datis, ut *L. qui Romæ. §. coheredes*, *D. de verb. oblig. L. Æmilius*, *D. de minor.* ad factum referri debet, non ad Ius. Proponitur enim in facti narratione, quia ita res gesta erat, & quia ad summam frustrationem debitoris arguendam conducere videbatur; non quia plures denuntiationes, si creditor omittere vellet, essent iure ad moram necessariæ. Sed tamen si deerunt cætera, puta dies adiectus, aut maleficium, una saltem aliqua interpellatione ad moram est opus. Quod si ante quam interpellaretur a legatario heres, inquit Pomponius, Stichus legatus mortuus est, heres non tenetur: quia nihil per eum factum est. Hoc in *L. Titia*, 36. *§. ult. D. de leg.* & significatur satis in *d. L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat. d. L. mora*, *de usur.* Hoc ideo, quia nulla culpa est debitoris, si non interpellatus non solvit, ubi scilicet creditor non interpellans ostendit se facile pati eam moram, & paratum exspectare. Quod contra fit, ubi petiit a debitore, quod debebatur. Tum enim aperte declarat se sibi statim solvi velle, nec velle amplius exspectare: adversus quam voluntatem si debitor cessat, manifesta eius culpa est, vel potius dolus.

V. Non tamen statim moram solutioni facit, qui interpellatus non solvit; sed qui interpellatus nullam recusandi caussam iustam habuit, ut proposui. Quam qui habet, is in mora non est, etiam si ad iudicium provocet. *L. sciendum. L. si quis solutioni*, *D. de usur. L. illud*, *D. de heredit. petit.* Redeundum enim est semper ad definitionem illam superiorem, moram fieri non ex re, sed ex persona, id est, vitio & culpa personæ.

VI. Interpellato recusandi iustæ caussæ sunt quatuor. Prima est, si interpellatus non debuit: sive non debuit omnino, ut iure ab eo peti non posset, sive non ita debuit, ut petitur. Qui non debuit nisi naturaliter, ut pupillus qui sine tutoris auctoritate promisit; aut debuit quidem civiliter, sed tutus est exceptione; interpellatus si non solvit, iuste recusat, nec moram facit. *L. si pupillus*, *D. de verbor. oblig. L. lecta*, vers. *pen. D. si cert. pet.* Idque est quod regula iuris traditur, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio est. *L. nulla*, *D. de reg. iur.* sumptum ex *d. L. si pupillus.* Nulla petitio, id est, nullum ius petendi, seu nulla actio efficax iure constituta Ut declaratur in *d. L. si pupillus.* Et explicatur apertius in *d. L. lecta*, vers. *penul. D. si cert. pet.* Idem est, si certo loco quis debuit, & alio loco petitur, ubi scilicet non debuit. Et hoc est, quod exigitur ad moram, ut debitor opportuno loco sit interpellatus. *d. L. mora*, *de usur.* Idem est, si promissor ante diem in quem promiserat, interpelletur. *L. cum filiusfamilias*, *§. ult. D. de verbor. oblig.* Secunda caussa est, si qui vere debuit, non intellexit, nec ulla iusta caussa fuit, propter quam intelligeret se debere. *L. quod te. D. si cert. pet.* ut, si petatur ab herede ignaro, quid defunctus debuerit. Nam hic iustam ignorantiæ caussam habet. *L. qui in alterius*, *D. de reg. iur.* Aut si is petat, cui deberi verus debitor nesciat: puta si petat is, quem verum procuratorem creditoris debitor non putet, aut creditoris heredem. *L. si quis infitiatus*, *D. depos.* Tertia est, si & debuit quis, & scivit se debere, sed quo tempore petebatur, rem in potestate non habuit, nec dolo fecerat, quominus haberet. *d. L. quod te*, *D. si cert. pet.* Quarta, est, si cum omnia concurrerent, ut sciret debitor se debe-

debere, & rem in potestate haberet; ideo distulit, quia voluit prius ad solutionem adhibere testes, aut fideiussorem eius obligationis; ne forte iterum solvere cogatur vel creditori vel fideiussori, qui ignarus posset postea solvere. *L. sciendum, D. de usur.*

VII. Quod valet creditoris interpellatio ad moram: id valet sine alia interpellatione dies obligationi adiectus: Qui certo die dare debuit, si eo die non solvit, hoc ipso moram facit sine ulla alia interpellatione: ut & pœna eo transmisso die ipso iure committatur, & si res postea pereat, periculum sit debitoria. *L. magnam, C. de contr. stip. L. qui sine, D. de negot. gest. L. 4. §. ult. D. de leg. con.* Nec metuamus, ne hic falsum sit, quod Marcianus definit, moram non ex re fieri, id est, ex ipsa sola dilatione, sed ex persona, id est, culpa & vitio personæ. *d. L. mora, D. de usur.* Nam & hic manifesta culpa est debitoris, si sua die non solvat, qui iam statim a principio obligationis contractæ intellexit velle creditorem sibi eo die solvi: quod cum intellexerit, supervacua omnis alia interpellatio est ad eum monendum. Et quod *ibidem* adiicit, moram fieri ex persona, id est, si interpellatus debitor non solvit: nihilomagis huic parti adversatur. Primum quia dies adiectus satis quotidie admonet & interpellat debitorem, ut est in *d. L. magnam, C. de cont. stip.* Deinde quod illa verba, *id est*, ita accipienda sunt, quasi dictum esset, utputa, seu veluti, ut est usus frequens Iurisconsultorum. Exemplum in *L. iurisgentium, §. pactorum, D. de pact.* quod pluribus ostendi ad *L. quod te, D. si cert. pet.*

VIII. Illud inter diem adiectum, & interpellationem interest, quod ad diem re non soluta ita fit mora, ut quominus fiat, debitor nulla debiti ignorantia aut inopia rei præstandæ excusetur, quanvis in interpellatione utrumque contra esse diximus. Ut puta, promissum est aliquid dari certa die, & nisi datum esset, promissa pœna. Placet promissore ante diem mortuo, quanvis nondum quisquam heres extiterit, pœnam committi. *L. ad diem, D. de verb. oblig.* Ubi tamen constat cum nullus adhuc sit heres, idemque debitor, neminem esse, qui intelligat se debere, neminem qui rem solvendam in potestate habeat. Quæ sententia ostendit, hoc ipso, quod sua die non solvitur, sine ulla recusandi caussa moram fieri. Non enim committitur pœna, nisi mora facta. *L. lecta*, vers. *dicebam, D. si cert. pet.* Quæ cur ita, & quam recte in die adiecto adversus debitorem recepta sint, pluribus ostendi ad *d. L. ad diem, D de verbor. obligationib.* Solum in die adiecto hæc debitoris iusta defensio esse potest ad dilationem; si cum vere deberet, nulla exceptione tutus, dum sua die paratus est solvere, prius voluit adhiberi amicos testes, aut fideiussores suos: ne his non adhibitis aut non admonitis temere solvat, quod postea cogatur dependere, *d. L. sciendum, 21. D. de usuris.*

IX. Idem ad moram efficit alienæ rei detentio cum maleficio coniuncta, qualis est in furibus, in his qui aliena rapuerunt, qui alium de possessione fundi aut ædium deiecerunt, denique qui quid alieni invitis dominis occuparunt, aut ante occupatum nunc invitis dominis tenent. Hi omnes ex ipso tempore delicti moram facere, atque adeo plusquam frustratores esse intelliguntur, ut iam inde ab initio sive res perierit, sive deterior facta sit, periculo omni subiiciantur duretque adversus eos eadem actio, quæ futura esset rebus integris. *L. in re, §. 1. L. ult. D. de cond. furt. L. 1 §. rectissime, L. penult. D. de vi*, Dicitur quidem in his mora fieri in rem in *L. ult. C. de cond. ob tur. cau.* dum hoc significatur moram hic fieri ex ipso tardæ restitutionis tempore. *d. L. in minorum, C. in quib. caus in int. rest. nec. non est.* Sed non eo minus & hic verum est illud superius ex *L. mora, de usur.* moram hic fieri non ex re, sed ex persona: dum intelligamus moram hic fieri ex re quidem aut in rem, ut ante diximus; verumtamen non ex re solum, sed etiam in persona, atque horum utrumque in hanc speciem concurrat. Et sane hic maxime ex omnibus caussis mora fit ex vitio & culpa personæ, cum superiores intelligant se volentibus atque ita exigentibus dominis rem ablatam restituere debere, quam sciunt se his invitis abstulisse, & quidem ita, ut nec auferre debuerint, ut indicatur in *d. L. ult. de cond. furt.*

X. Si nihil horum erit, idest, si cum obligatio aut actionis caussa abesset a maleficio, & pure quid deberetur, ne interpellatus quidem reus fuerit a creditore, ut solveret, aut ita erit interpellatus ut iusta illi fuerit recusandi caussa: moram debitor non facit, quantocunque tempore non solverit: ut sit id, quod ante diximus, moram fieri non ex re, sed ex persona, *d. L. mora, de usur.* Sed hoc ex iure communi dictum accipiendum est. Cæterum iure singulari quibusdam in caus-

fis

sis receptum est, ut mora fiat ex ipso tardæ solutionis tempore, uno verbo ex re, seu in re, seu in rem. Tot enim modis veteres eamdem rem exprimunt. *d. L. mora*, in princip. *L. sed etsi*, in fin. *D. de usur. L. ultim. C. de cond. ob turp. caus.* Receptum id favore personæ in personā minorum; quibus hoc datum est, ut si quid his debetur, quanvis ex contractu & pure, nec ab his ulla sit interpellatio: non eo minus debitor exinde moram faciat, ex quo his cœpit debere, nec solvit. Unde & præstatione fructuum atque usurarum, & periculo rei debitæ obstringatur. *L. in minorum, C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. L. 1. §. ultim. D. de usur.* Receptum alias favore rei; ut in fideicommissariis libertatibus, quibus ita consultum est, ut si heres rogatus sit servum manumittere, idque pure, sine alia interpellatione libertati mora fiat, si cum primum manumittere potuit, non manumisit. *L. cum vero, §. apparet, D. de fid. lib.* Postremo & rei æquitas suasit eamdem moram in re admitti, cum creditor interpellare creditorem voluit, & non exstat, qui conveniatur. *L. sed etsi*, in fin. *D. de usuris*. Sed quoniam hoc modo mora non fit, nisi certum sit neminem exstare qui interpelletur, ut possit postea de eo in iudicio constare, hic consilium datur a veteribus, ut creditor qui ad interpellandum venerat, & neminem ostendit, quem conveniret, idipsum testatione complectatur, idest, testibus ad eam adhibitis complectatur scripto, quod curet a testibus obsignandum: tum deinde futurum, ut id pro petitione cedat. Hoc in *L. 2. D. de naut. fœn.*

XI. Mora ab initio his modis facta, quos diximus, non tamen semper mora est. Potest enim mora semel facta postea finiri: quod cum sit, tam debitor in mora non est, quam si nunquam moram fecisset. Finitur mora partim voluntate creditoris, partim debitoris opera. Voluntate creditoris, cum omisit debiti repetendi instantiam, ut Marcianus loquitur in *L. mora*, in fin. pr. *D. de usur.* Omittit hanc instantiam creditor aperta voluntate, cum se dicit eam remittere debitori. Quod fit, exempli gratia, cum ita dicit, petieram prius a te ut solveres; iam non ego, non insto tibi; solves postea cum voles, aut cum erit commodum: mihi satis est, si des cum postea petiero, ut amici & humani creditores facere solent. Sed & tacita voluntate, nec tamen minus manifesta hanc instantiam remittere creditor intelligitur, cum obligationem transfert in aliud nomen & alium statum obligationis. Veluti cum novationis caussa eamdem rem a debitore stipulatus est; quo modo prior obligatio tollitur; de quo postea suo loco. Finitur, inquam, hoc modo maxime mora voluntate creditoris, sive novatio effectum habeat, sive non habeat; satis est ad remittendi voluntatem, quod creditor putavit subesse. *L. parvi, D. de cond. furt. L. scire, §. ult. D. de verb. obl.* Hanc voluntatem inde intelligimus, quod creditor hac translatione aperte id egit, ut necessitatem solvendi, quæ ex priore obligatione erat, debitori remitteret. Cui remissioni consequens est, ut quæcunque ex ea obligatione erant, simul ei remittantur. Erat autem ex ea obligatione mora præcedens.

XII. Debitoris opera finitur mora, cum is postea quod debet, offert creditori, & hic opportuno loco & tempore oblatum sine alia iusta caussa accipere recusat. Hac recusatione creditor moram incipit facere: quam ut posteriorem illi nocere æquum est: diciturque proprie hoc modo mora purgari & emendari. *L. interdum, §. ultim. L. si servum, §. sequitur, D. de verbor. obligation. L. qui decem, D. de sol.* De qua parte tota, ut & de superioribus scripsi fusius in commentario de mora. De hac etiam diligentius ad *d. L. si servum, §. sequitur, D. de verbor. obligation.* Nunc tamen quia cœpi, breviter attingam.

XIII. Huius purgationis hæc vis est, non ut liberetur omnino debitor, aut ut præstationis alicuius actionem iam ante creditori plane quæsitam evitet, sed tantum ut futuri temporis periculo liberetur. Inciderit, exempli gratia promissor in pœnam, quia sua die non solvit quid, quod nisi præstitisset, pœnam promiserat. Nulla postea rei prius promissæ oblatio eum præstatione pœnæ liberavit, quippe actio pœnæ semel quæsita est creditori: quæ illi invito auferri non potest. *L. Celsus, D. de recept. & qui arbitr. recep. L. traiectitiæ, D. de obl. & act.* Hac de caussa nec post litem contestatam offerendo debitor liberatur. *L. si insulam, D. de verbor. obligation.* quia scilicet & hic iudicio contractum est, unde & nova actio actori quæsita iudicati. *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Ne hanc quidem sequente oblatione debitor illi auferre potuit. *L. ultim. D. de pact.* Valet tantum, ut dixi, hæc oblatio ad purgandum in futurum moram, ne scilicet illi postea noceat. Quæ res facit, ut si

postea

postea res perierit, debitor sine nova interpellatione tam liberetur, quam si moram a principio non fecisset. *d. L. interdum*, §. *ult. d. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligation.* Adfert hæc oblatio hoc amplius, ut si forte pro natura contractus de quo agitur, debitor in re custodienda non solum dolum, sed & culpam præstare debuerit, ut venditor in re vendita, maritus in re dotali; si semel obtulerit, non iam amplius præstare debeat, quam dolum. *L. illud*, *D. de peric. & com. rei vend. L. si mora*, 9. *D. sol. mat.* Neque tamen eo usque procedit hæc liberatio, quin si postea iterum interpelletur debitor, & is non solvat, moram rursum incipiat facere, & iisdem periculis subiici, quibus ante purgatam moram tenebatur. Inde dictum posteriorem moram nocere. *d. L. illud*, *D. de peric. & com. rei vend.* Inde regula iuris, unicuique moram suam nocere. Unicuique, id est, tam creditori quam debitori, & hoc prout hic aut ille posterius moram fecerit. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *D. de reg. iur.*

XIV. Mora a debitore facta, eius vis duplex est: una cernitur in accessionibus rei debitæ; ut in fructibus, & usuris: altera in rei debitæ periculo, de quo nunc agitur. Fructus & usuræ in bonæ fidei iudiciis, itemque in legatis & fideicommissis ex mora accedunt, ut suo loco diximus, cum ageremus de accessionibus rei debitæ. Hoc in *L. in fideicommissi*, 3. in princip. *L. mora*, 32. §. 1. *L. usuræ*, 34. *D. de usur. & fructib. & caus. L. in minorum*, *C. in quib. causs. in integr. restitut. necessar. non est.* Periculum interitus, de quo nunc agitur, ita sequitur moram, ut si res postea perierit, debitor omnimodo teneatur, quasi res exstaret, *d. L. si ex legati. L. nemo.* §. 1. *D. de verbor. obligationib.* Non sane ut res ipsa peti possit, quæ præstari non potest: sed ut rei æstimatio. Idque ita etiam adversus furem constituitur in *L. in re*, in prin. *D. de condict. furt.* Et tamen quia dum petitur æstimatio, ipsa res peti videtur, ubi æstimatio pro re præstanda est: non male hac actione dicatur res quæ periit post moram, etiam nunc peti posse, quomodo loquitur Paulus in *L. si servum*, §. *ult. D. de verbor. oblig.* Recte, ut dixi, dum hoc referatur ad æstimationem, quæ quia præstatur pro re, ipsa res præstari videtur. Hactenus vero debitorem post moram omnimodo teneri verum est. Quod sic accipiendum est, ut teneatur etiamsi sine dolo malo & culpa, negligentiave eius perierit. Veluti si fundus debitus perierit chasmate; animal promissum demortuum sit natura sua. Hæc in *L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. & *L. item si verberatum*, §. *ult. D. de rei vindicat.*

XV. Sed hac parte rem dubiam fecit *L. si plures*, §. 1. *D. depos.* ubi his verbis scriptum est; *si res deposita natura sua ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, et si restituta esset actori.* Ego autem quod olim scripsi in commentario de mora, confirmavi pluribus ad *L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat.* idem nunc quoque retinendum puto, superioribus verbis non definiri absolute, naturalem interitum post moram ad actorem pertinere, sed eam sententiam temperari conditione quæ sequitur in illis verbis, *utique cum interitura esset ea res.* Omnino enim tenendum est, in his verbis non contineri rationem præcedentis sententiæ, quasi illa esset absoluta, quæ ratione subiecta confirmaretur; sed contineri eius sententiæ temperamentum. Est autem hic sensus: Sabinum & Cassium dicere naturalem interitum ad actorem pertinere: utique, id est, sed ita, seu sed tunc, cum interitura res esset, etsi restituta esset actori. Quod & verissimum est, neque prioribus adversatur, sed confirmat potius. Nam quod aliis locis superioribus traditur, interitum naturalem, qui sine dolo & culpa debitoris contigerit ad reum moratorem pertinere, hac ratione defenditur, quod si actor cum petiit, rem accepisset, vendere potuisset, & pretium lucrari; atque adeo id facturus fuisse existimatur tantum ideo, quia potuit, ne mora debitoris possessorisve illi noceat. Hoc in *d. L. item si*, §. *ult. D. de rei vind. d. L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. Quod cum ab Ulpiano dicitur utroque illo in loco, satis declaratur hoc illum tunc solum admittere, cum actor rem receptam distrahere potuit. At hoc non negat, qui dicit interitum ad actorem pertinere, cum res interitura esset, etsi restituta esset actori. Non enim fuit res interitura actori, si is eam distrahere potuit. Ipsum quidem corpus interiret natura; at effectu non videtur interire ei qui distraheret: quoniam qui pretium habet re vendita, is rem habere videtur *L. quia*, 39. *D. de usufr.* quemadmodum e converso ei videtur res abesse, cui pretium abest. *L. Labeo & Sabinus*, *D. de verb. sign.* Quod si rem

si rem receptam distrahere actor non potuit, & periit postea natura sua etsi restituta esset: ubi scilicet actor neque rem ipsam habere potuit, neque pretium. Hic autem demum interitus est, quem negat Caius ex sententia Sabini & Cassii ad debitorem etiam post moram pertinere. In *d. L. si plures*, §. 1. *D. depos.* Quod & ipsum agnoscit Ulpianus, qui interitum illum ad debitorem pertinere dicit, hac ratione, quia rem distrahere potuit, & hoc modo pretium habere. Significat enim se hac ratione cessante diversum putare. Quid ergo potest accidere, ut creditor rem receptam non possit distrahere? Sane vero multis modis, ut pluribus ostendi in commentario de mora. Nunc paucis contentus ero. Finge cum debitor & creditor essent in eadem navi, ubi & res erat quæ debebatur, eam rem naufragio periisse. Non potest hic dici creditor vendere potuisse in navi, ubi nulli mercatores essent. Finge fundum debitum petitum a minore: Is eum acceptum non venderet; quia prædia minorum sine decreto alienari non possunt, neque ex decreto possunt, nisi iusta caussa postulet. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub. tut. vel cur. sunt*. Finge heredem petiisse rem, quæ ab eo legata erat. Eam receptam heres non venderet, prohibet enim constitutio Iustiniani, res restitutioni obnoxias alienari. *L. ult. §. sed quia*, & deinceps, *C. com. de legat.* In his vero, & similibus recte dixerimus naturali interitu, & quisquis est casus qui sine dolo & culpa debitoris contigerit, debitorem liberari; in eamque sententiam utemur. *d. L. si plures, §. ult. depos.* Ad alios casus, aliasve personas debitoris is locus non pertinet. Quin & ipse Ulpianus eamdem sententiam confirmat in *L. item si*, 14. *§. quid si homo*, in fin illic, *sed etsi non culpa, D. quod met. caus.*

C A P. III.

De periculo ex conventione præstando: item quæ de interitu rei debitæ supra dicta sunt, ad deteriorationem omnia pertinere.

Conventio de casu rei præstando perpetuam efficit obligationem. I.
Si tamen ea conventio adiiciatur in continenti, & quare. II.
Conventio, qua quis casum omnem præstat in contractibus utilis; secus in iudiciis, & quare. III.
Quæ valent in interitu rei ad liberationem debitoris, eadem & in rei deterioratione in idem valere. IV.
Item in deterioratione liberationi debitoris obstare superiora illa tria debitoris facta; & quatenus. V. VI. IX.
Debitori, quando est in mora, litem æstimari quanti plurimi post moram res fuit. VI.
Æstimationem autem in res certas cadere, ad incertas & generaliter debitas res non pertinere. VII.
Cuius temporis æstimatio præstanda. VIII.
Solutione, vel redditione deterioratæ rei liberatur debitor in duobus caussis. X.
1. *Si creditor sciens deteriorem rem factam sponte acceperit*. XI.
2. *Si rem ex stipulatione debitam ignoranti creditori sciens debitor aut ignarus solverit. Quo iuris effectu sciens debitor hic loci ab ignaro differat*. XII.
Quid si res facta deterior ignoranti creditori soluta ab ignaro debitore, eadem debita fuerit ex bonæ fidei contractu. XIII.

I. Quod re perempta facit ad perpetuandam obligationem culpa debitoris in re tollenda, item eius mora in re solvenda; id multo magis efficit eius conventio de casu & periculo rei præstando; cum præcipue pacta sint servanda ex edicto prætoris. *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact.* Ac de eo ita ius est: Si convenit initio, ut debitor eius rei, quam præstare aut restituere debuit, interitum aut [1] periculum præstet, conventio servanda est; qua efficietur videlicet, ut re postea quanvis casu perempta, ita teneatur debitor, ut qui rem præstare non potest, præstet pro re æstimationem. Exstat definitio in *L. contractus, D. de reg. iur.* varie alibi confirmata in certis generibus contractuum, ut commodato,

1) Periculum plerumque significat fatale damnum, sæpe tamen quodvis, ex culpa etiam contingens, vid. P. Fab. *ad L. 23. de R. I. pag. 122.* Gæd. *ad L. 7. §. 1. de V. S. n. 3.*

dato, deposito, pignore, in *L. 1. C. com. L. 1. C. depos. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.*

II. Exigimus, ut conventio hæc interposita sit initio, ut sunt verba. *d. L. contractus, D. de reg. iur.* Initio, id est, in re contrahenda; quod alibi dicitur ex continenti, & in negotio gerendo. *L. iurisgentium, §. quinimmo, L. pacisci, D. de pact.* ut intelligamus, si re contracta, postea & ex intervallo idem inter contrahentes convenerit, conventionem [2] non valere. Ut, si commodem tibi equum, & velim casum & interitum eius rei a te præstari, id ita consequar, si in commodando convenerit, ut periculum equi susciperes: vel, quod idem est, si dederim tibi commodato ea lege, ut periculum ad te pertineret. Sic enim conventio legem contractui dedit, ut est in *d. L. contractus*, id est, formam & temperamentum, ut sit iam ea conventio ex ipso contractu, ac tanquam reliquus contractus valeat. Quod si simpliciter tibi commodaverim equum, deinde ex intervallo, puta postero die, convenerit inter nos, ut periculum equi præstares, hæc conventio te non tenebit: ut re postea fortuito casu sine dolo malo & culpa tua perempta non minus libereris, quam si de casu præstando nihil convenisset. Hæc ideo, quia ut periculum præstes, conventio est, qua id agitur, ut re perempta liceat mihi petere æstimationem, & eo nomine agere. At ita ius est de huiusmodi conventionibus, ut si interponantur in re gerenda seu in continenti contractus, sint pars contractus: unde & actionem ex eodem contractu pariant: sin interponantur postea, & ex intervallo, non sint pars contractus, eoque sint pacta nuda: ex pacto nudo iure civili non nascitur actio. *L. in bonæ, L. legem, C. de pact. L. iurisgentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, D. eod.* Sane si ex intervallo mihi de ea re stipulatione cautum sit, utilis est conventio. Unde & re perempta actio erit ex stipulatu. *Inst. de verborum obligat.* in pr. *§. de constituta, Inst. de actionib.*

III. Ad vim huius conventionis de periculo & interitu rei præstando nihil interest, utrum de certo aliquo interitu & periculo convenerit, an vero generaliter [3] convenerit hoc modo, ut omne periculum debitor præstet. Ut in cæteris omnibus caussis generalis conventio valet, continetque omnes species ei generi subiectas non minus, quam si specialiter expressæ essent. *L. obligatione, D. de pign. L. sub prætextu, 2. C. de trans. L. si servitus, D. de servit. urb. præd.* Ita & in hoc genere, ut omne periculum præstetur, utilis & iusta conventio est: ut quocunque casu res perierit postea, periculum sit debitoris. *L. iurisgentium, §. si paciscar.* illic, *item si quis, D. de pact. L. & Aristoni, D. mand. L. 9. §. Iulianus, D. loc. L. 1. C. com. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Quod tamen in cautione iudicio sistendi caussa facta non placuit: de qua ita scriptum est in *L. 4. §. quæsitum, D. si quis caut.* Si convenerit, ne a reo, qui promisit se iudicio sisturum, ulla exceptio ob desertam promissionem iudicio sistendi caussa factam obiiciatur, conventionem non valere; sed ita

2) Quod si vero conventione agatur, ut debitor minus præstet quam ex natura negocii præstandum, exempl. gr. ne teneatur de culpa illa vel illa, conventio, etsi ex intervallo adiecta, efficax, quia pertinet ad liberandum, non ad obligandum, Donell. *ad L. 6. Cod. de pig. act. n. 35.*

3) Periculum in se generatim recipiens an teneatur de casu fortuito fusissime Hieron. Pantschman. *Lib. 1. Q. 6.* Num necessaria specialis enumeratio, idem *d. Lib. 1. Q. 9.* & Delrio *ad L. 23. de R. I. Cap. 21. p. 268. & seq.* Sed num receptio periculi & casuum fortuitorum extenditur ad casus insolitos & plane insperatos? Acris contentio est. Aff. Pinel. *in L. 2. C. de resc. vend. P. 1. Cap. 3. n. 30. & a seqq. per L. 78. §. ult. de contr. empt.* Fachin. *1. Contr.* 86. Setser. *Lib. 1. de Iuram. Cap. 25. n. 58. & seq.* Vasq. *3. Contr. usu freq. 54. n. 6.* Sed quæ ratio hunc movit, confestim mihi vitiosa visa est. Durius est, arguit Vasquius recipere præstationem casus crebrius contingentis quam rarioris, duriorque huius præstatio quam rarissimi. Quare putat dubium fuisse veteribus, recepto casuum fortuitorum periculo: non an de rarissime contingentibus teneatur, sed an de frequentioribus, quia casus fortuiti appellatio vim fatalem magis, quam damna crebro contingentia significare videatur. Quare, pergit, conductor, recepto periculo, tenebitur & de crebro contingentibus ex natura locationis, & ea caussa conventionis, non tantum de insperato & inaudito, sed & de raro, de quo maius dubium. Minus ambigi putat, quod contrahentes senserint de rarissimis, quia si eos præstat, rarissime periclitatur. Durius autem stringitur si & raros præstat. Attamen per verba generalia, quæ restrictionem non patiuntur, necesse est utrosque venire. Si venditor contra naturam contractus, periculum susceperit, sine dubio, ait Vasquius, eius est damnum rarissime accidens. Dubium in eo superest, an & quod raro, non tamen rarissime, evenire solet, præstetur, magisque an quod frequenter. Atque hic vult Vasquius, raros & rarissimos casus præstari, crebriores non præstari per *L. 15. §. 2. Locati L. 78. §. ult. de contr. empt. L. 6. Cod. de pig. act.* Quæ LL. ad hoc impertinentissimæ contrarium probant. Atque hæc est summa opinionis Vasquii, quæ refelli vix meretur. Sensus illi communis, observantia contractuum, usus vitæ satis superque resistunt. Miror qui in mentem venerit Vasquio, magis qui in calamum, dum convenitur inter contrahentes de periculo, de rariori & plane insperato maxime cogitatum esse, cum tamen de eo, ob omen inauspicatum, fere cogitari non soleat, de communibus autem casibus fortuitis cogitatum non esse. Nec opinor, fuerunt, eruntve, huic opinioni adstipulantes. Nam DD. vulgo casus insolitos contineri censentes, communiores tamen alios non excludunt, nec de illis iustiorem dubitationem esse diffitentur. Tametsi vero ea sententia non improbabilis sit, cum primisque *d. 78. §. ultim.* probari videatur, magis tamen placet negativa opinio quoad casus valde insolitos, de quibus verosimile est cogitatum non fuisse. Menoch. *Arb. Cap.* 80. Gutierez. *de iuram. confirmat. P. 1. Cap. 24. n. 6.* Io. Lubler. *Tr. de incendio Cap. 2. n. 131. & seqq.* (post multos quos citat) qui & ad *d. L. 78. §. ultim.* respondet, & *n. 137.* extendit etsi iusiurandum accesserit.

ita admittendam, *si specialiter caussæ exceptionum expressæ sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est*. Hæc conventio, ne qua exceptio obiiciatur, ab eo, qui iudicio non stitit, nihil aliud continet, quam ut teneatur omnimodo qui non stitit, sive culpa eius factum sit, quominus sisteret, sive casu quovis fortuito, puta tempestate, aut itineribus ab hoste vel prædonibus interclusis. Eam, inquam, conventionem, quia generalis sit, placet in superiore cautione non valere. Sed hoc proprie receptum est in cautione iudicio sistendi caussa facta. Et merito receptum: quia fieri potest, ut reus non sistat culpa; fieri potest, ut non sistat prohibitus casu. Incertum est autem, utrum hoc sentiat actor, ut velit reum teneri, quanvis casu fortuito prohibitus non stiterit. Et verisimile est actorem id non sentire, ex fine cautionis. Nam hac cautione non id agitur principaliter, ut pecuniam sibi quærat actor, sed ut metu pœnæ reum a tergiversatione deterreat. Quæ si abest, non solet hæc mens esse actoris, ut quidquam præstetur. Iam vero nulla tergiversatio est in eo, qui casu prohibitus non venit. Atque ut forte hæc actoris mens sit, ut etiam casibus fortuitis intervenientibus sibi agere liceat: tamen hoc incertum est, & de eo potest litigari. Repugnat autem naturæ iudicii, ut hæc incertitudo hic admittatur. Quippe iudicio id agitur, ut res promoveatur, & lis exitum habeat quam citissime. Superior autem incertitudo litem auget, non minuit: atque adeo litem ex lite serit; quam rem in iudiciis ius aversatur. *L. 4. §. ait, D. de re iud. L. quidam, D. si cer. pet.* Quocirca summa ratione ob hanc incertitudinem & stipulationis & voluntatis actoris superior generalis conventio in iudiciis[4] repudiata est. Contraria de caussa hæc eadem conventio admissa est in contractibus: nam in his cum creditor de periculo sibi cavet, perspicuum est eum id agere, ut pecuniam sibi adquirat, rei peremptæ æstimationem.

IV. Atque hæc de interitu rei debitæ dicta sunt, vel ut eo liberetur debitor, vel ut ne liberetur: quorum hæc est summa. Interitum rei a nullo præstari, & quod idem valet, eo interitu debitorem ab ea re liberari ita, ut exinde neque rem debeat, nec si quid ex ea re superest, aut eius rei æstimationem: obligatione videlicet recidente in eum casum a quo incipere non poterat. Sed cum hac exceptione, nisi quod factum debitoris impediat liberationem. Facta autem hæc esse tria: culpam debitoris, quæ interitui caussam dederit; moram in re solvenda; conventionem de interitu & periculo præstando. In quibus omnibus monendi sumus quæ de interitu rei dicta sunt ad debitoris liberationem, eadem & in re deteriore facta intelligenda esse, vel ut periculo deteriorationis liberetur debitor, vel ut ne liberetur. Nam deterioratio interitus pars quædam est: cum quanto res deterior facta est, tantum de re quæ prius erat integra, decessisse intelligatur. Ergo ut interitu rei debitæ, a quo culpa & mora, atque conventio debitoris abest, debitor liberatur in totum: ita & re deteriore facta, quantum id est quod decessit, nec eatenus tenetur: ut rem postea qualis est, id est deteriorem præstando liberetur. Huius sententiæ confirmatio abunde est in ea definitione, quæ est de interitu rei: si quidem & deterioratio interitus pars est, ut ante dixi. Quæ enim de re tota dicuntur, eadem & de parte intelligenda sunt pro portione. *L. quæ de tota*, in prin. *D. de rei vind.* Certior etiam confirmatio in his sententiis iuris certi; casus fortuitos a nullo præstari: item, quæ fortuitis casibus accidunt, nullo iudicio præstari. *L. contractus*, in fin. *D. de reg. iur. L. quæ fortuitis, C. de pign. act.* Casus enim fortuiti, seu ea quæ casibus fortuitis accidunt, non tantum sunt in damnis rei peremptæ, sed etiam in damnis rei deterioris factæ. Quo fit, ut utraque hæc damna superioribus sententiis contineantur.

V. Sed & hæc sententia de deterioratione easdem illas exceptiones superiores habeat: extra quam scilicet si debitoris opera res deterior facta sit, aut facta post eius moram, aut convenerit, ut periculum in ea re præstaret. Debitor qui rem debitam deteriorem fecit, veluti: qui animal promissum vulneravit, aut debilitavit, tenetur, ut præstet, quanto res deterior facta est. *L. qui sibi, 33. §. 1. D. de solut. L. huiusmodi. §. ædes, D. de leg. 1.*

VI. In eadem caussa est debitor, qui moram fecit, si post eius moram res facta sit deterior, quocunque tandem casu id accidat sine dolo malo eius & culpa; scilicet ut illi tanti lis æstimetur quanti plurimi res fuit post moram. *L. 3.* in fin. *D. de cond. trit.* Inde dictum, post moram cum de re æstimanda quæritur, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi

4) Non igitur dicendum verba; *ita si specialiter &c.* Tribonianum suo marte adiecisse, ut Cuiacius 14. *Observ.* 7.

rimi fuit. *L. in re*, §. 1. *D. de cond. furt.* Eamdemque sententiam habet illa definitio quæ exstat in *d. L.* 3. in fin. si post moram deterior res facta sit, habendam æstimationem, quanto deterior facta sit, & in eo ad tempus moræ reducendam esse æstimationem. Ad tempus moræ sic accipe, non ad unum aliquod, puta quo primum mora fieri cœpit, aut ad aliquod ex iis quæ postea secuta sint; sed ad omne, ex quo mora facta est, ut spectetur id, quo unquam plurimi res fuit, & ad id redigatur æstimatio, quæ scilicet deinde præstetur.

VII. Sed meminerimus has sententias de æstimatione rei præstanda, quanti plurimi res fuit post moram, locum habere, & nominatim conceptas esse a veteribus tantum in rebus certis, & iis quæ possunt post moram fieri deteriores; quod non cadit, nisi in res certas; quod diligenter observandum est. *d. L. in re*, §. 1. *D. de cond. furt. d. L.* 3. *de cond. trit.* Ad res vero incertas, & generaliter debitas hæc definitio non pertinet. Veluti, si vinum ex mutui caussa debeatur, aut debeantur cæteræ merces, quæ pondere, numero, mensurave constant.

VIII. De quarum rerum æstimatione si quæratur, ut præstanda sit, & quæratur, cuius temporis æstimatio sit præstanda, hæc distinctio est, & summa veterum sententia, ut si dictum esset, quo tempore res præstaretur, æstimandum esset, quanti tunc fuisset; si de die nihil convenit, quanti tunc cum Iudicium acciperetur. Exstat hæc sententia de vino mutuo dato in *L. vinum*, *D. de reb. cred. si cert. pet.* & *de condict.* ubi in eam sententiam fuse disseruimus: de reliquis mercibus in *L. ult. D. de cond. trit.*

IX. Conventio debitoris de periculo rei præstando, multo magis hoc efficit, ut re deteriore facta id periculum præstet debitor: si modo, ut supra relatum, id initio convenerit.

X. Etsi autem hæ exceptiones hic valent, similiter ut in interitu rei quandiu res præstita non est: tamen hoc proprium est huius partis, ut re deteriore soluta ius interdum commutetur, fiatque, ut debitor qui re deteriore nondum præstita tenebatur, ut præstaret quanto deterior facta est, ea reddita solutave, liberetur: quod accidit duabus in caussis.

XI. Una, si creditori scienti rem deteriorem factam, & talem sponte accipienti dederit. Sive enim placet rem deteriorem factam, nihilominus eamdem videri, atque ita eam quæ debebatur, esse solutam: ideo hoc casu certo iure debitor liberatur, quia solutione eius quod debetur, tollitur obligatio, ut postea dicetur. *Instit. quib. mod. tol. obl.* Sive placet rem deteriorem factam, esse aliam: ita nen etiam hic ideo liberatur debitor, qui deteriorem dedit, quia & hic quoque ius certum est, aliud pro alio solvendo debitorem liberari: tantum ut res soluta fiat accipientis, nec evincatur. *L. si quis aliam*, *D. de sol. L. manifesti*, *C. eod.*

XII. Altera caussa est in rebus stipulatione promissis, aut alias actione stricti iuris debitis. Si quis rem ex stipulatu debitam deteriorem factam solvat; quanvis deterior facta sit a promissore ipso, aut aliunde quidem, sed post eius moram, & soluta ignoranti creditori a sciente promissore, heredeve eius, tamen placet subtilitate iuris liberatum debitorem vetere actione: tanquam qui rem eamdem quam debuit, solverit, cuiusmodi solutione constat omnem obligationem tolli. *d. tit. Inst. quib. mod. tol. obl.* in princ. Sed quoniam proponimus eum qui sciens se teneri ignoranti solvit, ac per hunc errorem creditoris consequitur dolo malo, ut liberetur, placet sic eum liberari veteri actione, ut de re nihilo minus teneatur: nempe actione de dolo. Hoc in *L. & eleganter*, §. *non solum*, *D. de dol.* Sed actione de dolo dumtaxat, ut una hæc adversus illum post hanc solutionem superstit actio. Unde intelligimus si debitor, rem ita deteriorem factam ignoranti creditori & ipse ignorans sine dolo malo solverit, puta heres ignorans rem promissam deteriorem factam a defuncto, aut deteriorem factam post eius moram; omnimodo & vetere actione, & de re liberetur. Nam si de re nulla adversus eum actio est, nisi de dolo, in eo autem qui ignarus solvit totum id quod se debere putabat, nullus dolus est, fit, ut cessante de dolo actione, nulla amplius adversus eum sit eo nomine actio. Hoc ideo, quia res etsi deterior facta, eadem tamen est natura, quæ prius fuerat. Utputa, Stichus promissus, quanvis vulneratus, aut claudus factus, idem tamen Stichus est, qui prius, si naturam spectare volumus: neque enim qualitas, commoditas, aut figura corporis prior immutata, animalis ipsius, & totius corporis substantiam mutavit. Alioqui dicendum esset, alios esse homines, qui ætate creverunt, quibus pilus accessit, aut qui ætate vel morbo imbecilliores vel deformiores facti sunt. Ita re deteriore soluta, semper secundum naturam & substantiam rei verum est eam rem solutam, quæ debebatur. Regula

gula autem iuris de solutione nihil amplius exigit ad liberationem, quam ut solutum sit, quod debetur.

XIII. Aliud servatur in re ex contractu bonæ fidei debita; puta, commodata, aut deposita. Eam si post moram deteriorem factam reddat creditori commodatarius aut depositarius, aut etiam heres, quamvis ignoranti reddat ignarus sine dolo malo: tamen placet non modo non liberari eos de re, quæ deterior reddita est, sed eo nomine veteres actiones commodati & depositi manere: hac ratione in hoc genere a veteribus reddita, quod non dicatur proprie res reddita, quæ deterior redditur. *L. 3. §. 1. D. commod. L. 1. §. si res deposita, D. depo.* Atqui modo dicebamus rem videri eamdem, etiam quæ deterior facta est, eoque & soluta ea eamdem videri solutam. Non sunt hæc contraria: dicuntur enim recte diversis rationibus. Corpus rei & substantiam si spectamus, natura eadem res est, quæ deterior facta est, ut ante dixi. Si spectamus utilitatem rei; recte dicitur non videri rem redditam, quæ deterior redditur, quasi aliam redditam: quoniam cœpit alia rei utilitas esse, & alia æstimatio. Cuius rei cum rationem haberi æquum sit; ideo & hæc interpretatio admittitur in bonæ fidei iudiciis, in quibus omnia æstimantur, quæ sunt ex æquo & bono. *§. in bonæ, Inst. de actio.* Hæc etsi ita sunt; tamen in singulis huius iuris partibus de re deteriore facta, multa sunt quæ contraria videri possunt. Ea nos diluere, ac totum hunc locum explicare diligenter conati sumus ad *L. 3. D. condict. triticar. num. 27.* Inde peti potest, si quid huc facere videbitur.

C A P. I V.

De confusione obligationis.

Confusio obligationis, liberationis species seu tollendæ obligationis modus I.
Et quomodo. I. III.
Ea quid sit, & unde ita appelletur. II.
Vis & effectus confusionis in qua debitor creditori succedit, aut vicissim, talis: vel cedit pro solutione, vel personam debitoris eximit ab obligatione. IV.
Pro solutione cedit confusio, in qua principalis debitor liberatur, & omnis accessio. V.
Item ea in qua creditor iure suo percipit illud etiam, quod illi solum natura debetur. VI.
Cum duo sunt eiusdem rei debitores, obligatione eximitur & quidem cum accessione persona illius cui creditor successit; alter manet in obligatione. VII.
Cum debitorum alter principalis est, alter fideiussor, interest utri creditor successerit. Quid in utroque valeat obligationis confusio. VIII.
Confusio obligationis inter fideiussorem & principalem, fideiussorem liberat: dummodo principalis non sit debitor naturalis dumtaxat. Quid si talis. IX. X.
Ast obligatio principalis manet eadem quæ antea. Quæ duo hinc consectaria. XI.
Exponitur L. Stichum 95. §. quod vulgo D. de solut. XII.
Tollitur confusione obligatio in totum aut pro parte; & quatenus. XIII.
Non confunditur obligatio inter duos stipulandi aut promittendi reos. Emendatur L. si duo 93. §. item si D. de solut. XIV.
Illud autem cui bono. XV.

I. Altera species mutati status obligationis, qua obligatio sua sponte tollitur, est confusio obligationis, superiori liberationi de interitu rei proxima: qua scilicet & ipsa res redit in eum casum, a quo incipere non poterat. Confusione sua sponte tolli obligationem constat.

II. Est autem [1] confusio obligationis; cum ius & locus duarum personarum, quas in obligatione constituenda distinctas esse oportebat in unam eamdemque personam devenit hereditatis iure: Veluti, cum creditor debitori succedit, aut contra debitor creditori. Hoc ius ita traditur, itaque appellatur hæc species liberationis in *L. sicut, 75. L. si duo, 93. L. Stichum, §. aditio, D. de solutionib. & liberation. L. debitori, C. de pactis. L. Granius*, alias *Uranius, D. de fideiussorib. L. ut debitum, C. de hereditar. actio-*

1) Cuiac. 7. *ad Afric. in L. 20. de her. vend.* definit quod sit Concursus debiti & crediti in eandem personam, qui plerumque contingit aditione hereditatis. Idem 9. *ad Afric. in L. frater a fratre*, Confusionem duobus modis fieri: Aditione hereditatis, & acquisitione peculii. Sed vid. *nost. Lib. 14. Cap. 19.*

actionib. Definitio indicatur in *L. penult. D. de solution. & liberation.* Sic dicta confusio, quod quæ prius iura, & nomina duabus diversis in personis distincta erant, in una persona ita permiscentur, ut quod unius est, id totum alteri tamquam in eo fusum in eadem persona tribuatur; ut, cum creditor debitori, vel debitor creditori heres exstitit, ita confunditur eorum ius in una persona; ut fiat [2] qui creditor est, idem & debitor; & qui debitor, idem creditor confusis nominibus, recteque possimus eumdem simul creditorem & debitorem appellare.

III. Hoc genere tolli obligationem, quia redierit res in eum casum, a quo incipere non poterat, apparet. Constat enim non posse ita constitui obligationem ab initio, ut idem sit creditor & debitor: alium namque esse oportet, qui debeat, & alium cui debeatur: idque natura ipsa efficit. At successio ista, qua creditor debitori, aut debitor creditori succedit, eo rem deducit, ut idem debitor & creditor esse incipiat, a quo casu, consistere obligationem a principio non potuisse diximus. Quo fieri necesse est, ut & hac ratione tollatur, pertineatque liberatio ad eam definitionem, quam initio posuimus, obligationem exstingui, quoties recidit in eum casum, a quo incipere non potuit.

IV. Confusionis huius duæ sunt species, ac totidem ex hac caussa liberationis, dissimili nonnihil effectu. Una species est ea, quam ante commemoravimus, [3] cum debitor creditori heres exstitit, aut contra creditor debitori: de qua superioribus illis in locis, quos de iure confusionis esse diximus, comprehensum est. Effectus hic est, ut interdum pro solutione cedat: interdum persona debitoris tantum eximatur obligatione.

V. Pro solutione [4] cedit, cum tantum efficit ad dissolutionem obligationis, quantum ad eam rem efficeret vera solutio. Id contingit sine exceptione in persona eius debitoris, qui successit creditori, aut cui creditor successit. Solutionis hæc vis esset, in debitore quidem ut liberaretur ea solutione debitor, & una omnes eius accessiones: in creditore autem, ut solutione eius quod debetur, consequeretur totum quod debetur, quia illi debetur totum. Horum utrumque efficit hæc confusio in persona eius qui creditori aut cui creditor heres exstitit. Primum confusionis in ipso debitore certa & perpetua hæc vis est: ut quanvis personam tantum debitoris hic eximi diceremus, tamen hac exemptione & liberetur ipse, & eo liberato liberentur ex eius persona accessiones. Hoc in *L. Granius*, illic, *& puto aditione. D. de fid.*

VI. Quod autem ad creditorem attinet, qui debitori successit, hæc in eo confusionis illius vis est, ut totum quod ei debebatur, iure suo percipiat, quisquis fuerit debitor etiam is qui natura tantum deberet; idque faciat etiam tum, cum iussus est hereditatem restituere; quo tempore potissimum huius solutionis effectus cernitur. Id Papinianus indicat in *d. L. Stichum. §. aditio, D. de sol.* hoc exemplo. Finge debitorem fuisse pupillum, cum nummi crediti erant sine tutoris auctoritate: quem constat non teneri, nisi quatenus locupletior factus est. Si creditor ab eo iam adolescente facto heres sit institutus, & rogatus restituere Titio hereditatem, ac creditor hereditatem adierit: *non*, inquit Papinianus, *quanto pupillus locupletior factus est, heres consequitur, sed in solidum creditum ex hereditate retinet.* Atque hoc modo, inquit, aditio, ac per aditionem confusio creditori, qui successit, pro solutione cedit. Sic enim fieret, si ipse sibi debens, sibi ipsi solveret, ut solent omnes in suis commodis erga se esse affecti.

VII. Quapropter si unus est tantum debitor, non potest ista confusio nisi pro solutione superiore cedere. Quod si plures debitores erunt eiusdem rei, & uni tantum creditor heres exstiterit, hic demum persona obligationi eximitur, ut est in *d. L. Granius, D. de fid* Quæ res facit, ut in persona eius debitoris, cui creditor

2) Hæc caussa huius iuris, quia ratio non patitur ut idem sibi obligetur, Duar. *de Cond. ind. C. 6. ad L. frater a fratre f.* 911. Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 20. Nec genuina ratio est Ant. de Padilla *ad L.* 67. §. 3. *de L.* 2. quia videatur testator ita instituisse si actionem adversus se heres remittat. Male. Idem enim est in successione intestata. Et alia ratione vocatur tacita pensatio *d.* §. 3. quia qui confundit ecum ipse pensat *L.* 33. *Sol. matrim.*

3) Idem est si ad fiscum bona creditoris vel debitoris perveniant *L.* 2. *C. h. t.* item si utramque hereditatem creditoris & debitoris tertius quidam acquirat.

4) Ac perinde ea exstinguitur obligatio atque solutione *L.* 21 §. 1. *de lib. leg.* licet civiliter contingat liberatio *L. pen. h. t.* quia sola iuris ratione, absque naturali numeratione vel præstatione *L.* 3. *de separat.* Hoc tamen non est perpetuum. Nam vendita hereditate manent venditori actiones integræ *l.* 2. § 18. *de her. vend.* item evicta ea per querelam inofficiosi *L.* 21. §. *ult. de inoffic.* ratio in *L.* 95. §. 8. *in fin. h. t.* item pupillo adversus aditionem restituto *L.* 87. §. 1 *de acq. her.* Hodieque integræ servantur iis qui cum inventario adeunt. *L. ult.* §. 4. *C. de I. delib.* Non tamen restituuntur, hereditate ablata indigno *L.* 8. *L.* 17. *L* 18. §. 1. *de his quæ ut indig.* Exceptio in *d. L.* 17. *in fin.* In ratione quoque L. Falcidiæ actiones confusæ reputantur *L.* 6. *L.* 8. *C. ad L. Falc.* Buss. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Confusione.* Quando confusioni vis solutionis, Cuiac 7. *ad Afr. in L.* 38. *Sol. matrim.* vers. *quod ad alterum attinet.*

tor fucceffit, quoniam ipfe eximitur, eadem interveniant, quæ fupra diximus: ut fcilicet & debitoris perfona exempta liberetur, & fimul liberentur acceffiones: cæterum alius debitor, qui acceffio non fit, maneat obligatus. Propone hoc modo. Duo funt rei promittendi eiufdem rei: eorum uni fucceffit creditor. Liberatur is, cui fucceffum eft, heres is qui fucceffit, itemque fideiuffores & pignora. Alter reus eiufdem pecuniæ non liberatur, eoque nec mandator, aut fideiuffor eius. Itaque tenebitur alter aut in folidum, fi duo rei focii non fuerunt, aut pro parte, fi fuerint focii. Si tamen is qui fupereft, alterius correi mandatu intercefferit; haberet mandati actionem adverfus eum fi viveret: ideo & eo mortuo habebit adverfus creditorem, qui ei fucceffit. Quare etfi a creditore cœperit conveniri, multo magis habebit adverfus eum exceptionem doli mali, iuxta regulam iuris: cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* Hæc fententia eft fumma refponfi Pauli in *d. L. Granius*, *de fid.* Illud femper relinquitur, fi is reus qui fupereft, nullo alterius rei mandato ad promittendum acceffierit, eum quanvis altero confufione fuperiore liberato nihilominus ftipulanti creditori obligatum manere, tenerique aut in folidum, fi focius non fuit, aut pro parte, fi fuit focius. Quæ res oftendit confufionem fuperiorem attuliffe tantum exemptionem perfonæ defuncti, pro folutione autem non ceffiffe. Nam fi ea confufio pro folutione effet, utriufque ex reis promittendi fublata effet obligatio, ut accidit, quoties unius folutione obligatio tollitur. *L.* 2. *D. de duobus reis*, §. 1. *Inft. eod.*

VIII. Sed & duo eiufdem rei debitores ita effe poffunt, ut unus fit reus principalis, alter fideiuffor. Faciamus ergo & hic creditorem alteri fucceffiffe, & quæri, utrum in hac confufione debitor tamquam confufione liberetur, an vero perfona tantum eximatur obligatione. Intereffe dicemus, utrum creditor debitori heres extiterit, an vero fideiuffori. Si debitori; confequens eft fuperioribus, utrumque liberari tamquam folutionis iure: quoniam etfi quis dixerit hic tantum eximi perfonam debitoris, tamen quia exemptione liberatur, neceffario hoc evenit, ut liberentur & acceffiones. *d. L. Granius*, *de fid. L. in omnibus fpeciebus*, *D. de fol.* Id autem ita fieret, fi folutum effet nomine debitoris. Quod fi creditor heres extitit fideiuffori: dicemus contra folum fideiufforem effe liberatum; utpote exemptum obligatione: quæ exemptio eiufdem liberationis parti ipfum reum principalem ideo facere non poteft, quia reus non eft acceffio fideiufforiæ obligationis. Hoc in *d. L. Granius*, in fin. princ. *D. de fid.* Id autem non fieret, fi creditore fideiuffori fuccedente hæc confufio pro folutione haberetur; nam cum fideiuffor fimpliciter folvit, totam folvit obligationem, facitque, ut debitor quoque liberetur. *L. Modeftinus*, *D. de folut.*

IX. Altera fpecies confufionis eft, [5] cum fideiuffor, idemque debitor, fucceffit reo principali, eidemque debitori, aut contra: quo cafu placet fideiufforem liberari, debitoris principalis obligationem manere. *L. fi duo*, 93, in fin. *L. Stichum*, §. *quod vulgo*, *D. de fol.* Confufionis & liberationis cauffa ex eodem illo fonte eft, quod nemo ab initio & debitor effe poteft, & pro fe apud eumdem fideiuffor aut mandator exftitere; ut quemadmodum incipere obligari ita quifquam non poteft, ita nec obligatus remaneat. *L. heres*, §. *fervo L. Granius.* illic, *fed & acceffiones*, *D. de fid.* Ideo autem hic non liberatur reus principalis, quia ut a principio is folus debere potuit; ita & nunc poteft, cum acceffit fideiufforia obligatio; ut proinde non fit caufa, cur tollatur principalis, cum non redierit in eum cafum, a quo incipere non poffet. Sed quia dum manet principalis reus, non poteft idem effe & pro fe fideiuffor; neceffitas eo rem deducit, ut fideiufforis & acceffionis omnis obligatio tollatur.

X. Sed hoc *toties verum eft*, inquit Papinianus, *quoties rei promittendi plenior eft obligatio.* Quod fic interpretandum eft, quoties principalis obligatio naturalis eft & civilis æque atque fideiufforia. Tum enim hoc ipfo plenior eft principalis obligatio, quod cum fit civilis, hoc femper in fe habet amplius, quod eft principalis. Hoc autem fignificat Papinianus, fi obligatio rei principalis, cui fideiuffor recte accef-

5) Quam confufionem minus proprie vocari, Cuiac 7. *ad Afric. in L.* 2 § 1. *d. fidei.* quia prior fit utrinque, hæc ex parte fideiufforia tantum. Et principalis manet, quia maior & plenior tollit minorem. Proculiani autem tantum admittebant confufionem ubi heres reo fideiuffor, non ubi contra, ut refertur *d. L.* 39. §. *ult.* ratione ea, quia cum reus heres fideiuffori, principali fupervenit fideiufforia, quæ eam fuperventu non poteft excludere minor & debilior maiorem; nec ipfa poteft excludi quia non fupervenitur, fed fupervenit, ita Cuiac. *d. lo.* Exactius hac de confufione tractant Hart. Pift. *Lib.* 3. *q.* 11. & Hering. *de Fidei.* C. 20. §. 16.

accessit, fuerit tantum naturalis: ut fit, si pro pupillo sine tutoris auctoritate naturaliter obligato fideiussor intervenerit; si hic pupillus decesserit fideiussore herede, hoc casu fideiussoris obligationem [6] manere, & creditorem huius obligationis atque agere nunc posse adversus fideiussorem, ut ante poterat. Quod & ipsum ita interpretatur Africanus in *L. heres*, §. *servo*, illic, *quod si hic servus*, *D. de fid.* Et recte: Non enim debet hac confusione ita tolli obligatio, quin actio creditori adversus alterum saltem ex debitoribus salva sit. Quod in proposito non fieret, si fideiussor naturali obligationi adhibitus, cum debitori heres extitisset, liberaretur: ubi constat debitorem principalem ex obligatione naturali conveniri non potuisse. *L. naturalis*, *D. de oblig. & action.*

XI. Quod si & reus principalis obligatus fuit naturaliter & civiliter: toties admittit Papinianus in *d. L. Stichum*, §. *quod vulgo*. Fideiussore debitori herede exsistente fideiussoriam obligationem tolli, principalem autem manere, sic tamen ut maneat dumtaxat talis, qualis ante fuerat. Hinc hæc duo sunt consequentia, quæ Papinianus indicat in *eadem L.* quorum unum spectatur in fideiussore, alterum in obligatione debitoris principalis. In fideiussore illo primum hoc consequens, ut si is ex sua persona propriam exceptionem habuit, eam heres factus amittat, ubi iam non tanquam fideiussor, sed tamquam debitor principalis suo nomine. Id declarat Papinianus in ea *L.* §. *aditio*. In hoc exemplo. Mulier pro debitore fideiussit. Etsi iure summo obligatur, habet tamen auxilium & exceptionem Velleiani, ne ex ea caussa conveniatur. *L. 2. D. ad S. C. Velleian.* Si ea postea debitori heres exstiterit, Papiniani sententia est, incipere iam eam creditori omni modo teneri, & in eo auxilium exceptionis amittere, quia, inquit, *inconditum sit subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur*, id est, quia in proposito incipiat mulier non ex fideiussionis caussa quæ sublata est, sed ex persona debitoris conveniri, idque suo nomine: quippe heres, quæ in debitoris locum successit. Non conveniat autem, ut quæ suo nomine convenitur, utatur auxilio senatusconsulti, quod iis tantum propositum est, qui alieno nomine conveniuntur. In obligatione autem debitoris, cui successit fideiussor, hoc alterum consequens est prioribus, ut si debitor, cui fideiussor heres exstitit, proprium auxilium ex sua persona habuit, fideiussor heres factus ita succedat in eius obligationem, ut succedat cum sua caussa, & idem auxilium retineat; atque ita fiat, ut ex utraque caussa liberetur; tamquam fideiussor, confusione: tamquam debitor principalis; propter exceptionem, quam ex persona defuncti nactus est.

XII. Hæc Papiniani sententia est in *d. L. Stichum*, §. *quod vulgo*, illic, *nam si reus dumtaxat*, & deinceps usque ad extremum paragraphum, ad quam explicandam hoc exemplo utitur. Creditor adolescenti bona fide, id est, non aperte perdituro credidit. Minor acceptos nummos perdidit. Etsi is tenetur summo iure ex mutui caussa; tamen edicto prætoris pecunia amissa potest implorare in integrum restitutionem, qui se oneri, quod non suscipere licuit, obligavit, nec ex ea re locupletior factus est. *L. non omnia*, *D. de min.* Hoc auxilio munitus minor intra tempora in integrum restitutionis decessit relicto herede fideiussore. Ait Papinianus, caussam iuris honorarii, id est, auxilium in integrum restitutionis, quod a prætore est, quod & ipsum potuit auxilio minori esse, non ideo retenturam fideiussoris obligationem, id est, ut bene apud Accursium interpretatur Ioannes, non ideo facturam, ut duret fideiussoris obligatio, sed iuxta id quod vulgo traditum est, fideiussorem hac confusione non eo minus liberatum iri. Idque est, quod Papinianus initio proposuerat his verbis: *nam si reus dumtaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur: e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam & personalem habuit defensionem.* Sensus est: Si reus principalis dumtaxat fuit obligatus, id est, ita obligatus, ut nihil nisi obligatus esset, nec ullam propriam haberet defensionem, qua posset se tueri; dubitari hoc casu non debet, quin fideiussor ei succedens liberetur. Sed etsi e contrario debitor non obligetur tantum, sed hoc amplius propriam ex sua persona defensionem habeat, tamen ne sic quidem quidquam dici potest, quin tollatur obligatio: quam ad rem exemplum quo ante usi sumus, subiicit. Et addit in extremo rationem, cur caussa & auxilium iuris prætorii non efficiat, ut retineatur fide-

6) Atque tunc vult Cuiacius *d. l.* nec fideiussoriam tolli per principalem, quia civile vinculum maius, nec contra, quia non potest dici fideiussoria maior quoad hoc, cum accedat principali. Utramque igitur in suo statu manere.

fideiussoris obligatio. *Hæc caussa*, inquit, *non retinet fideiussoris obligationem, quæ principalis fuit, & cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris prætorii.* Sensus est; Non retinet fideiussoris obligationem, quæ obligatio est principalis obligationis, id est, obligationi principali cohærens, & cui principali fideiussoria accessit sine contemplatione auxilii prætorii; ut consequens sit & sine eius auxilii contemplatione fideiussoriam tolli, uti fieret si principalis obligatio nullo proprio auxilio munita esset. Ex quo sic deinde concludit Papinianus: *Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit.* Significans, sicut hic fideiussor ex caussa fideiussoria liberatur propter confusionem; ita eventurum propter defensionem principalis rei propriam, ut & ipse tamquam debitor principalis liberetur: quia debitori succedens, succedat quoque ex persona eius in auxilium in integrum restitutionis: quod proinde & illi intra tempora constituta salvum esse debet. *L. non solum, D. de in int. rest.*

XIII. Illud tenendum erit in tota hac confusione, sic hoc modo tolli obligationem debitoris, fideiussorisve, ut non tollatur longius, quam confusa obligatio fuerit. Cum autem confundatur ideo, quia debitor creditori, aut creditor debitori, item fideiussor debitori, aut debitor fideiussori heres exstiterit: exsistat autem quis defuncto heres non semper in totum, sed sæpe pro parte, evenlet ut si unus alteri exstiterit pro parte heres, non tollatur obligatio [7] nisi pro ea parte: in reliquum salva sit creditori actio: ut si creditor exstitit pro parte debitori heres, sublata eatenus obligatione in reliquum habeat actionem adversus coheredes, & si debitor successerit creditori pro parte, eatenus liberatus, in reliquum teneatur coheredibus. *L. 1. L. penult. C. de hered. action.*

XIV. Quæsitum est, si ex duobus reis stipulandi unus alteri, aut ex duobus reis promittendi item unus alteri heres factus sit, an confundatur iure obligatio. Et utroque casu negat Scævola confundi, in *L. si duo, 93. D. de sol.* hoc enim & in duobus reis promittendi recte negatur in omnibus aliis exemplaribus quam Florentinis. Et tamen cum in his quoque subiiciatur negatio paulo post loco minime idoneo apparet esse [8] transpositam, & ad negandam istam confusionem inter duos promittendi reos debere referri, quod & a Russardo ad marginem eius loci recte est annotatum. Hanc quidem sententiam Scævolæ in eo responso esse liquet ex definitione subiecta, qua rem totam breviter est complexus. Sic enim postea definit: *& quasi generale quid retinendum est: ut ubi ei obligationi, quæ sequelæ locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quoties vero duæ sint principales, altera alteri potius adiiciatur ad actionem, quam confusionem pariat.*

XV. Quærit ergo initio Scævola, cui bono id dicere: cum etsi dixerimus uno ex reis alteri succedente obligationem hic non confundi; tamen unum solum semper futurum, qui utriusque personam sustineat, ut vel solus agat, vel solus conveniatur. Et ostendit differentiam in eo esse, quod si ex duobus reis stipulandi uno alteri succedente, manet ex utriusque persona actio, futurum est, ut idem agere possit vel hereditario nomine ex persona defuncti; vel proprio nomine ex persona sua. Huius facultatis utilitatem in eo esse, ut si forte unus ex stipulandi reis pacti conventi temporali exceptione summoveri potuit, liceat ex alterius persona experiri, atque ita eam exceptionem evitare. Idemque intelligendum est e converso in duobus reis promittendi, cum unus exstitit heres alteri; ut si unus tantum exceptione temporali tutus fuit, liceat eius personam suscipere, & ea exceptione uti. Ideo autem hac successione inter duos reos stipulandi promittendive interveniente neutrius tollitur aut confunditur sive actio sive obligatio; quia hic res non redit in eum casum, a quo non potuerit incipere. Nihil enim prohibet, quominus ab initio unus & idem ex sua persona rem aliquam debeat, & [9] eamdem debeat ex persona alterius. Nihil etiam prohibet, quominus uni debeatur res aliqua ex persona eius, & eadem debeatur ei ipsi ex persona alterius.

CAP.

7) Facit *L. 14. C. de R. V. L. 3. C. de neg. gest.* Briss. *d. lo. pag.* 404. Pro portionibus itaque cohæredum petitur debitum, nisi animo compensandi facta institutio, vid. Dauth. *de Testam. n.* 399.

8) Ita & Cuiac. 11. *Obs.* 34. & 4. *ad Afric. ad d. L.* 21. §. 1. vid. *L. 5. de fidei.*

9) Huiusmodi igitur successor duas obligationum species sustinet *L. 5. de fidei.* Briss. *de Sol. Tit. de Confusione pag.* 407. Idem est cum fideiussori quis heres *d. L.* 21. §. 1. quia ambæ obligationes pares & eiusdem potestatis. Par parem non tollit. Si tamen una agi cœptum consumitur altera, ne idem bis præstetur, Cuiac. *d. lo.*

CAP. V.

De concursu duarum caussarum lucrativarum ad liberationem,

Tertia liberationis species, duarum lucrativarum caussarum concursus. I.
Tres de illo veterum definitiones, & quæ. II.
In Iuliani definitione necessaria ad liberationem desiderari ex persona creditoris tria. III.
1. *Ut species debeatur, non genus.* IV.
2. *Ut eadem species aliunde ad creditorem pervenerit. Pervenisse quo sensu dicatur.* V.
3. *Ut pervenerit ex lucrativa caussa; secus ex onerosa: & quid utraque.* VI.
In debitore duo ad liberationem desiderari 1. *ut eandem rem debeat, quæ ad creditorem pervenerit ex caussa lucrativa.* VII.
2. *Ut res eadem debeatur & petatur ex lucrativa caussa; quid si ex caussa non lucrativa.* VIII.
Qui rei æstimationem ex una caussa lucrativa habuit, potest deinde ex altera rem petere. Exponitur Ulpianus in L. 34. §. 1. D. de legat. 1. IX.

I. Tertia species liberationis ex eodem genere est, duarum lucrativarum caussarum in eamdem personam & eamdem rem concursus: qua eadem efficitur, ut obligatio redeat in eum casum, a quo incipere non poterat.

II. Ac de ea tres hæ sunt veterum definitiones verbis quidem variæ, re autem & sententia idem exprimentes. Una hæc, quæ hoc ipsum de concursu statuit, quod diximus, in hæc verba: duas lucrativas caussas in eumdem hominem, & eamdem rem concurrere non posse; exstatque in §. *si res aliena, Institut. de act.* Aliæ duæ sunt, quæ cur non possint concurrere, explicant, & ideo fieri ostendunt, quia si ex una caussa lucrativa res ad creditorem pervenerit, debitor qui eamdem rem ex alia caussa lucrativa debuit, continuo liberatur: qua sublata, vere dicitur non posse hanc secundam caussam in eumdem creditorem concurrere. Ex his una est Iuliani in *L. omnes debitores, D. de obligat. & action.* quæ ita definit: *omnes debitores, qui speciem ex caussa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex caussa lucrativa ad creditorem pervenerit.* Altera est Pauli in *L. in perpetuum*, 61. *D. de solut.* his verbis: *in perpetuum quoties id quod tibi debeam, ad te pervenit, & tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio.* His verbis, *& tibi nihil absit*, significare voluit duas lucrativas caussas, tam eam ex qua res ad te creditorem pervenit, quam eam ex qua eadem rem petere ante tibi debitam instituisti. Nam si ea, ex qua petere vis onerosa est, propter eam tibi aliquid abesse manifestum est. Quod autem addit, *nec quod solutum est, repeti possit*, in eo vim expressit verbi, *pervenit*: quo verbo solo Iulianus in superiore definitione usus erat. Est enim pervenire proprie, cum quid ita pervenit, ut sit mansurum. *L. aliud est capere; D. de verb. sign.* Res autem sic explicatur exemplo in *d.* §. *si res aliena, Instit. de leg.* Sit res aliena legata alicui, & eadem eidem debita ab alio ex donatione. Si is rem ex caussa legati consecutus fuerit, liberatur, qui ex donationis caussa debuit, nec iam cum eo agi potest eo nomine. Est enim utraque hæc lucrativa caussa: quarum ex una cum res ad creditorem pervenerit, concurrere altera non potest, ut ex ea eidem res eadem debeatur. Liberationis genus ex hac caussa, quod res rediit in eum casum, a quo incipere non poterat. Quia enim res mea mihi dari non potest. §. *sic itaque, Inst. de act.* ideo nec ab initio res mea mihi utiliter promitti potest, aut legari. §. 1. *Institutiou. de inutil. stipul.* §. *sed si rem, Institut. de leg.* At cum res quæ ex caussa lucrativa debebatur, pervenit ad creditorem ex alia caussa lucrativa, cœpit res eius esse, ut iam amplius ei dari non possit: atque hic etiam casus est, a quo consistere non potuit obligatio. Quare in hunc casum delata, ex superiore perpetuo iure intereat necesse est; ubi non sit scilicet ex fine stipulationis & obligationis, quod dari possit creditori.

III. Sed videndum, quid superiores definitiones postulent ad istam liberationem, & quam recte omnia quæ in his sunt, exigantur. In quo ne qua sit perturbatio; in una definitione Iuliani superiore consistemus, ut quæ rem totam planius explicet,

ad

ad quam & rem ipsam expendemus. Exigit ergo definitio in creditore hæc.

IV. Primum, ut species sit, quæ ei debita fuerit ab initio, quæ deinde ad eum pervenit. Res in quantitate, non in toto corpore, & specie consistens, si legata erit, non eo minus peti poterit ex testamento, quanvis eadem summa ad legatarium ex alia caussa lucrativa pervenerit. *L. Titia Seio*, in prin. *D. de leg.* 2. *L. plane*, 1. §. 2. *D. de leg.* 1. Nempe hoc exigimus ad liberationem, ut quæ res pervenit ad creditorem, eadem illi debeatur ab alio; quo ei detur, ut sic efficiatur præstatio impossibilis, atque hinc concidat obligatio. At cum quantitas eadem puta decem legata sunt Titio duorum testamentis, aut debentur eidem decem a duobus non eiusdem obligationis reis, non debetur a singulis debitoribus res eadem, sed diversæ summæ: quia a singulis heredibus solida decem legata sunt, a singulis promissoribus solida decem promissa. Decem & decem numero eadem summa, & eadem quantitas dici possunt, uti & eamdem quantitatem prius nominavimus, ut & fit in *d. L. plane*. §. 2. *de leg.* 1. Re autem & corporibus nummorum sunt diversæ, non una & eadem species. Quo fit, ut cum una ad creditorem pervenerit ex lucrativa caussa, non possit dici ea pervenisse, quæ ab alio debeatur, quoniam debetur alia.

V. Exigit eadem definitio in creditore, ut species debita prius ad eum pervenerit aliunde, id est, ita ei data sit, ut facta sit eius, ut explicatur in *d.* §. *si res aliena*, *Institut. de leg.* Quam maxime huius liberationis caussam esse diximus: dum scilicet res eius facta, amplius eius fieri ex alia caussa non potest, eoque nec ita deberi, ut detur. Neque tamen satis est, rem creditoris semel factam esse, ut videatur ad eum pervenisse. Inest in hoc verbo, ut ita quid fiat alicuius, ut sit mansurum. *L. aliud est capere*, *D. de verbor. signif.* Proinde si quis speciem quæ ex aliqua caussa lucrativa debebatur, ex alterius testamento sibi legatam accepit, sed ea lege legatam, ut restitueret, aut quæ esset in ea caussa, ut avocari posset; nihilominus ei integræ actiones adversus priorem illum debitorem manebunt: quia non ante ea species ad creditorem pervenerit: quod pluribus exemplis confirmatur in *L. non quocunque*, in princip. & deinceps. *D. de leg.* 1. Et hoc illud est, quod exprimere voluit Paulus in *d. L. in perpetuum*, *de sol.* cum adiecit, *nec quod solutum est, repeti possit*. Cum prius dixisset, *si quod debetur*, *ad creditorem pervenerit*, satis dixerat, ut ut hoc quoque posterius contineretur, si vim verbi sequi volumus. Sed quoniam nonnunquam abusive ita loqui solemus, ut pervenisse ad aliquem dicatur, quod quoquo modo venit; ideo visum est ei adiicere & hoc posterius dubitationis tollendæ caussa, quo eum verbo perveniendi proprie uti velle intelligeremus. Nihil ergo peccavit Iulianus, cum hoc posterius non expressit, utpote vi verbi contentus, in *d. L. omnes debitores*, *de obl. & act.* nec quidquam Paulus, cum hoc idem expressit: qui quid verbo perveniendi intelligeret, extra omnem dubitationem ponere voluerit.

VI. Tertium exigit eadem illa definitio in creditore, ut species illi debita quæ ad eum pervenit, pervenerit ex lucrativa caussa. Caussarum scilicet quædam lucrativa, quædam non lucrativa, quæ onerosa vulgo dicitur. *L. ex promissione*, *D. de obl. & act.* Lucrativa est, ex qua quod consecuti sumus, id nobis in lucro est, dum pro eo nobis nihil abest: qualis est donationis & legati caussa Non lucrativa contra, cum pro eo quod accipimus, vicissim aliud præstamus; qualis est emptio, venditio, & commerciorum omne genus, quæ rerum commutationes habent. *L. non quocunque*, §. *si fundus*, *D. de legat.* 1. §. *si res aliena*, *Institut. de leg.* Quo in genere caussarum placuit etiam esse promissionem dotis. *d. L. ex promissione*, *de obl. & act.* Recte: etsi enim dos ab uxore aperte non ita datur, ut quidquam illa eo nomine a marito accipiat: datur tamen re vera, ut sit apud eum pro oneribus matrimonii, quæ & ipse vicissim in se suscipit. *L. dotis*, 7. *D. de iur. dot. L. pro oneribus*, *C. eod.* Ergo ex prioribus caussis si pervenerit res ad creditorem, potest huic generi liberationis locus esse. Si ex posterioribus, non prohibetur creditor eam rem quam habere cœpit, ex alia caussa quanvis lucrativa sibi ab alio debitam petere, *d. L. ex promissione*, *D. de obl. & act. d.* §. *si res aliena*, *Institut. de act.* Atqui quod ex caussa non lucrativa ad creditorem pervenit, id non minus eius factum est: ut iam non magis ei dari possit, quam si pervenisset ad eum ex caussa lucrativa. Quod si verum est, non minus & hic obligatio rediit in eum casum, a quo incipere non poterat. Cur non igitur eadem ratio facit, ut pariter liberetur alius, qui eamdem rem ex caussa lucrativa debuit? aut qui potest petere creditor rem sibi dari, quæ

quæ iam eius facta, amplius ei dari non potest? Et negari non posset idem & in non lucrativa caussa fuisse probandum, si quidem illud admitteremus, quod ex hac caussa pervenit ad creditorem, non minus eius factum esse, ut habeat. Quod non ita est. Domini iure habet creditor, quidquid ei a domino quavis ex causa solutum est. Emolumento non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse id, pro quo aliquid præstitit, aut præstare cogendus est. Sic enim veteres definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest. *L. Labeo & Sabinus, D. de verb. sig.*

VII. Atque hæc in creditore spectanda ad huius generis liberationem. In debitore autem ad eamdem rem etiam hoc exigit superior illa definitio. Primum ut is unde petitur, quem & nunc liberari volumus, eamdem illam rem debeat, eadem & ab eo petatur, quam prius creditor ex caussa lucrativa est consecutus. Aliam enim rem si creditor petit, non potest hæc dici prius ad eum pervenisse, aut eius facta esse: ut proinde nihil ei obstet, quominus rem nondum suam recte petat sibi dari. Hoc eam vim habet, ut si ex duabus caussis lucrativis, puta duorum testamentis, eadem res eidem debeatur, & is prius ab uno herede æstimationem rei consecutus sit, non prohibeatur rem ipsam ab altero herede petere; quoniam hæc alia est, quam quæ prius ad creditorem pervenit. Hoc in *d. §. si res aliena*, in fin. *Instit. de legat.*

VIII. Alterum hoc amplius in debitore, ut eamdem speciem debeat ex caussa item lucrativa, ut prius ex eadem caussa ad creditorem pervenerat. Si ex caussa non lucrativa debebit, non liberatur; quantumvis prius ad creditorem ex caussa lucrativa pervenerit. Ut, si eadem res alicui empta sit, & eidem testamento ab alio legata; prius quidem effectum est, si ex caussa emptionis dominus eius rei factus fuerit, idest, ex non lucrativa, posse eum ex testamento rei pretium consequi. Idque ita scriptum est in *d. §. si res aliena*, in princip. Nunc hoc dicimus e converso, etsi prius rem consecutus sit ex testamento, ubi vere res ad eum pervenit, quia pervenit ex lucrativa caussa, ex qua pro re nihil ei abest: nihilominus eum integram actionem ex empto retinere, ut petit possit rei æstimatio a venditore, qui rem non ex caussa lucrativa debuit. *L. ex promissione, D. de obligat & action.* At hoc falsem casu dicet aliquis, obligatio venditoris eiusdemque posterioris debitoris recidere videtur in eum casum, unde incipere non potuit. Res enim vendita fit emptoris, & quidem eo modo quo maxime proprie rem fieri cuiusque diximus, nempe ex caussa lucrativa legati, ubi pro re legatario nihil abest. Porro suæ rei emptionem ab initio non consistere constat. *L. suæ, D. de contr. emptio.* Quid igitur superest, nisi ut exstingatur obligatio empti posterior re vendita deducta in eumdem casum? Sed ad exstinguendam rei quæ nobis dari debet obligationem, non est satis eam rem vere nostram factam esse, nisi ex sequente quoque obligatione petamus eam nobis dari: id enim in re nostra facere non possumus. *d. §. sic itaque, Inst. & action.* At id fieri non videtur, cum res petitur ex emptionis, aut alia simili non lucrativa caussa. Nam si vere diximus ei rem abesse videri, cui pretium abest; sequitur, ut qui ita rem sibi dari petit, ut pro ea quid illi absit, absuturumve sit; non proprie videatur petere sibi dari: ubi re tradita semper illi absuturum sit pretium.

IX. Concurrere ergo oportet ad huius generis liberationem in eamdem personam creditoris & eamdem rem debitam duas caussas lucrativas; quarum ex una res ad creditorem pervenerit, ex altera res eadem debeatur ab alio. Quod cum factum erit, cum statuerimus fieri non posse, quin posterior caussa tollatur, liberato ex ea debitore: fit illud quod in eamdem sententiam vere dictum duas caussas lucrativas in unam personam eamdemque rem concurrere non posse: dum hoc significatur, concurrere non posse ad rem ex utraque caussa petendam. Sed videamus, ne hoc totum genus liberationis repudiet Ulpianus in *L. plane, 34 §. 1. D. de leg. 1.* sic enim scribit: *si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem.* Quis hoc non prima fronte sic accipiat, ut quanvis ex testamento rem ipsam consecutus sim, tamen ab altero herede possim postea petere æstimationem? Atqui posteriorem istum heredem, qui eamdem speciem ex caussa lucrativa debuit, liberari dicimus, quia prius ad me creditorem ea species ex caussa lucrativa pervenerit. *L. omnes debitores, D. de obligation. & action.* Nihil ad rem pertinet, si quis dicat liberari debitorem de re, at non liberari de rei æstimatione. Hoc enim ipsum est, eum non liberari. Sic res habet, ut cum obligatione in eum casum deducta unde incipere non poterat, debitorem liberari, debitorem non teneri legimus: ubique hoc intelli-

telligatur omnino eum liberari, ut nec rem debeat, nec æstimationem. *L. cum res*, *§. ultim. D. de leg.* 1. *L. in ratione*, *§. incertæ*, *D. ad leg. Falcid.* Et quid verbis opus est; cum in hac ipsa specie diserte scriptum sit in *§. si res aliena*, *Institut. de leg.* cum is cui eadem res duorum testamentis legata est, rem prius consecutus est ab uno herede, non posse eum cum alio agere? Et non dubium est, quin si ita locum Ulpiani accipimus, totam istam liberationem evertat, inducatque hanc sententiam, ut cui eadem res a diversis ex duabus caussis lucrativis debetur, semper ex una rem consequi possit, & ex altera æstimationem. Nam si prius consecutus sit æstimationem, non ambigitur, quin possit postea rem petere, ut ante diximus. Sed cum in *d. §. si res aliena*. in hac ipsa specie exstat distinctio, qua fiat ut interdum rem possim habere, & ex testamento æstimationem; interdum ex uno rem solam, non etiam ex altero æstimationem: recte ab omnibus sic locus Ulpiani acceptus est, ut ex eadem illa distinctione intelligi debear; sitque hic sensus, ut si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, his quidem petere possim, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem; sed possim aliquando, non semper: quod ita fiet, si prius ex uno testamento æstimationem consecutus fuero, deinde ex altero rem petam; quod si rem prius habeam, non possum ex altero petere ne æstimationem quidem. Neque verba Ulpiani refragantur. Nam ut verum sit me posse in hac specie utrumque petere, satis est, si aliquando sit tempus cum possim, etiam si non semper.

CAP. VI.

De rei debitæ amissione, quæ salvo corpore rei contingit. Item de dolo, culpa, & casibus fortuitis; quid in his præstandum sit re ob has caussas amissa: seu quid in his reo prosit ad liberationem, aut non prosit.

I. Dixi supra etiam invitis iis, inter quos obligatio constituta est, sæpe contingere sua sponte liberationem. Id autem accidere tribus modis. Aut enim obligationem exstingui mutatione status obligationis, aut amissione rei debitæ, aut tempore ipso finiri. Mutationem status hic intelligere nos eam, qua fiat, ut res recidat in eum locum, unde consistere non poterat: quod quoties accidit, nisi quod factum debitoris illi obstet, generaliter placere debitorem liberari, quanvis ipse aut alius pro eo ad liberationem nihil contulerit. Huic generi subiectas esse species tres, totidem species liberationis, quæ invitis reis contingunt: interitum rei debitæ, confusionem obligationis, duarum caussarum lucrativarum in eamdem personam & eamdem rem concursum. Quibus expositis, de primo illo genere scilicet dictum est. Sequitur huius liberationis secundum genus, res debitæ amissio, quæ salvo

salvo & integro corpore rei contingit. Veluti, cum res debita furto sublata est debitori, aut vi erepta, aut decidit in flumen, aut loco mota non reperitur. Genus interitui rei simile ac prope idem, si periculum species, ubi debitori non minus res deperdatur, quam si interiisset: si liberationem, non parum dissimile: quæ hic nobis caussa est ista distinguendi.

II. De hoc genere ita habendum est. Cum res debita salvo corpore rei deperdita est debitori, & quæritur, utrum eo casu liberetur; distat multum, quo ex genere contractus res sit debita, ex stipulatione, aut alio contractu stricti iuris, an vero ex contractu bonæ fidei. Si quid ex stipulatu dari debet, & id re integra amissum est promissori: quocunque casu id acciderit, promissoris detrimentum est; ut non minus etiam nunc teneatur ad rem dandam, quam tenebatur re nondum amissa. Exstat enim res semper, quæ & ideo dari potest natura: ut nullum hic sit impedimentum naturæ, quod obstet stipulationi. Ipse quidem promissor rem quam in præsentia non habet, dare non potest. Sed hoc, inquit Venuleius, recedit ab impedimento naturali, & difficultatem præstationis tantum continet: generaliter, inquit, caussa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Hoc ille in *L. continuus*, §. *illud*, *D. de verbor. obligation.* Hinc quibus in locis legimus debitorem ex hoc genere contractuum re amissa liberari, eos locos nominatim conceptos videmus de re quæ periit, non etiam de re deperdita, quæ adhuc exstet in rerum natura. *L. si ex legati*, *L. si servum*, in princip. *D. de verbor. obligation. L. quod te*, *D. si cert. petat.* Et recte cum de liberatione promissoris agitur ob rem amissam, distinguuntur ista, interitus rei, & rei exstantis amissio. Interitus facit, ut cum res desierit exstare, iam amplius præstari per rerum naturam non possit. Qua ex re efficitur impossibilis præstatio. Impossibilium autem nulla obligatio est. *L. impossibilium*, *D. de regul. iur.* Adde quod re perempta recidit obligatio in eum locum, a quo consistere non poterat: quo casu omnem obligationem tolli ante diximus. Nihil horum, cum res integra debitori amissa est. Nam primum exstat: ut proinde possit per rerum natura n præstari. Quod autem debitor qui rem non habet, eam præstare non potest, ad difficultatem præstationis, & incommodum personæ pertinet: de qua difficultate quid tenendum sit, iam dixi. Sed & hac difficultate non recidit obligatio in eum casum, a quo incipere non potuerit. Nihil enim prohibet promitti ab initio rem alienam, ut utilis sit stipulatio, quanvis dominus postea eam rem non vendat, ac propterea promissor eam dare non possit. *d. L. continuus*, §. *illud*, *de verb. obligation.* Quocirca & si quis rem furtivam recte promittit ab initio, quanvis res ei sit erepta, ut iam eam tradere non possit; non eo tamen minus perseverabit obligatio, quæ ab hac difficultate rei præstandæ initium capere potuit.

III. Nec obstat, quod generaliter definitur in *L. contractus*, in fin. *D. de regulis iur* casus fortuitos a nemine præstari: ubi tamen nominatim inter casus fortuitos numerantur fugæ servorum, quas constat integris servis contingere. Illic enim disserit Ulpianus de contractibus bonæ fidei. Ideo & definitio illa his contractibus subiecta, ad eos ipsos contractus referri debet, & ita accipi, quasi dictum esset casus fortuitos in his contractibus a nemine præstari. Quod quo magis ita esse intelligamus, sic res explicatur in *L. quæ fortuitis*, *C. de pignorat. act.* ubi hæc definitio exstat totidem verbis, *quæ fortuitis casibus accidunt*, *nullo bonæ fidei iudicio præstari*. Cur additum *nullo bonæ fidei iudicio*? quia in strictis iudiciis de omnibus damnis quæ fortuitis casibus accidunt, non idem [1] licet dicere. Quæ damna cum interitu rei contingunt, hæc nullo iudicio præstantur, neque bonæ fidei neque stricti iuris: ubique enim hoc interitu debitor liberatur, si nihil aliud impediat. Quæ autem damna rebus integris accidunt, ut fit, cum res ablata, erepta est, aut alio modo deperdita; hæc nullo bonæ fidei iudicio præstantur a debitore, ut superioribus locis recte definitur; sed præstantur ex stipulatione & cæteris contractibus stricti iuris, ubi quod accidit, debitoris detrimentum est, qui nihilominus obligatus manet, ut det, quod exstat, & per rerum naturam dari potest. Fieri quidem potest, ut res furto sublatæ, aut vi ereptæ paulo post apud furem

aut

[1]) Atqui Donellus noster ad *tit. I. 6. n. 21.* verba ea non excludere stricti iudi[ci]a *L. 23. de R. J.* [illegible] d addita e[ss]e propter id genus contractuum, in quo [illegible] debitoris [illegible] ut in [illegible]: In st[ip]ul[atio]ne autem fo[rt]u[n]us sti[p]ulantis, seu creditoris utilitas. Et v[erb]a *L. 23. de reg. iur. a nullo præstantur*, discrimen iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris vix admittunt. Præterea ratio na[tura]lis, eaque perpetua, dictat casum, quia est extra hominis potestatem semper impunitum esse, Del[rio] *ad L. 23. de R. I. C. 4.* Quin si nec omnis culpa in [illegible] præstatur, quæ in bonæ fidei iudicium venit, [illegible] *C. 1. in fin.* Delrio *ad L. 23. de R. I. C. 18. pag* [illegible] minus ullus casus fortuitus. Nec multum obest si recte expendatur *d. L. 137. §. 4.*

aut raptorem exſtinctæ ſint. Sed nihil agit debitor, ſi interiiſſe dicat, atque hoc modo ſe non teneri poſtulet, niſi probet, quod dicit iuxta regulam iuris. *L. 2. D. de probation.* Id eſt, niſi probet caſum; quem quisquis ad liberationem ſui allegat, placet probare debere. *L. 4. C. de pign. actio.* Quod ſi probabit, non tenebitur quidem: verum tamen non propter rei debitæ amiſſionem, ſed propter interitum rei amiſſæ.

IV. Non eadem cauſſa eſt contractuum bonæ fidei: in quibus ſi quid rei debitæ acciderit, nihil amplius debitor debet præſtare, quam dolum & culpam; interdum ne culpam quidem, atque hanc, ſi quibus in contractibus præſtanda eſt, non omnem: caſus autem fortuitos nunquam, ſive perierit eo caſu res debita, ſive deterior facta ſit, ſive ſalvo corpore ſit amiſſa. *L. ſi ea res, D. de actio. empt.* Sunt autem bonæ fidei contractus ii, qui recenſentur in §. *actionum autem, Inſtit. de actio.* Contractibus bonæ fidei in aliis cauſſis comparantur legata. *L. in minorum, C. in quib. cauſ. in int. reſt. nec. non eſt. L. 3. L. uſuræ. D. de uſur.* Comparantur, & in hac præſtatione; nam & in re legata cuſtodienda eadem præſtare debet heres, quæ præſtaret is, qui ex bonæ fidei iudicio rem deberet: ſed nihil amplius. *L. cum res, §. penultim. D. de leg. 1.* Ergo in his interitus rei, & eius integræ amiſſio eodem iure habentur. Proinde & de utroque, quod valeat ſupra ſcriptis cauſſis ad debitoris liberationem, hoc loco, in commune dicetur; de quo ſic recte conſtituimus.

V. Cum in contractibus bonæ fidei, & legatis ac fideicommiſſis res debita periit, aut deterior facta eſt, aut integra amiſſa, quæriturque utrius ſit detrimentum, debitori ne an creditoris; & quod idem eſt, utrum eo caſu debitor liberetur, nec ne: ius de eo poſitum in hac diſtinctione. Multum intereſt, utrum quod accidit, dolo debitoris contigerit, an culpa, an caſu fortuito. Ex his duæ res admodum expeditam definitionem habent; dolus, & caſus fortuitus; certe definitionem per omnes ſpecies unius modi. Culpæ difficilior & obſcurior ratio eſt. Quare ut a certioribus progrediamur ad obſcuriora, & quæ ex prioribus illis quodammodo pendent, de tribus his iſto ordine dicemus.

VI. De dolo hæ veterum & certi iuris ſententiæ ſunt. Dolum contractus omnes recipiunt. *L. contractus.* In contractum & actionem omnem dolus venit. *L. 5. §. nunc videndum, D. com. L. ſi cum venderet, §. ultim. D. de pign. act. L. 1. §. non tantum, §. ultim. D. dep.* Dolum ſuum in contractibus omnes debitores præſtant. *d. L. 5. §. nunc videndum, D. comm.* Quæ omnes idem valent. Ideo enim recipitur, & venit in actionem dolus ut præſtetur. Dicitur autem figurate præſtare dolum, non qui dolum admittit, ſed qui admiſſi damnum præſtat. Ideo redeunt omnes hæ ſententiæ ad hanc ſummam, quidquid quovis in contractu factum erit a debitore quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum eius eſſe, ut non minus teneatur etiam nunc, quam ſi nihil illorum accidiſſet. Nec quidquam retulerit quod genus ſit contractus, utrum id, in quo debitoris utilitas aliqua verſetur, an nulla. Exemplo eſt depoſitum; in quo cum nulla utilitas verſetur depoſitarii, nihilominus tamen dolum ſuum præſtare in re depoſita non ambigitur. *d. L. contractus, de regul. iur. d. L. 1. §. non tantum, §. ultim. dep. L. 5. §. nunc videndum, commod.* Multoque magis idem valet in contractibus ſtricti iuris: in quibus cum placeat culpam perpetuare obligationem, culpæ verbo non tantum dolus debitori acceptus eſt, ſed etiam quodvis eius factum, quo factum ſit etiam ſine dolo, quominus rem dare poſſet. *L. ſi ex legati. L. ſi ſervum, in princ. D. de verb. oblig.* Et merito in ea cauſſa eſſe oportet dolum. Nam ſi ex natura ſumptum recte dictum eſt, nulli dolum ſuum ª debere eſſe lucroſum. *L. 1. D. de dol.* non debet omnino is cuiquam prodeſſe neque ad actionem, neque ad liberationem. Quo fit, ut ſi quis prius alicuius rei nomine tenebatur, is dolo ſuo conſequi non poſſit, ut teneri deſinat. Ita ſemper habebitur pro poſſeſſore. Inde generaliter traditam regula iuris. Qui dolo deſiit poſſidere, pro poſſeſſore condemnari, quia pro poſſeſſione dolus ſit. *L. qui dolo, D. de reg. iur.* Item, parem eſſe oportere conditionem eius, qui poſſideat vel habeat: atque eius, cuius dolo malo factum ſit, quominus poſſideret vel haberet. *L. parem. D. eod.*

VII. Adeoque autem dolus in omni contractu præſtandus eſt, ut cum aliæ pactiones de re privata ratæ ſint; placeat hanc conventionem non eſſe ſervandam, ne

a) Nullum negocium a quo malitia & fraudatio abeſſe non debeat: Tollendum eſt ex rebus contrahendis mendacium Cicero 3. Offic. Pet. Faber ad L. 23. de R. I. F. 126. Delrio ad d. L. 23. C. 4.

ne in deposito quidem, si convenerit ne dolus malus præstetur: tamquam quæ sit contra bonam fidem, contraque bonos mores. *L. contractus, de reg. iur. L. 1. §. si convenit, D. dep.* Ideo autem contra bonos mores, quia impunitate doli proposita [3] invitat ad fraudandum, ubi conveniebat potius metu pœnæ reum a maleficio deterreri. *L. illud, D. de pact. dot. L. si unus, §. pacta, D. de pact.*

VIII. Sed meminerimus hic loqui nos de dolo futuro, de quo id agitur conventione, ne præstetur, si forte postea admissus sit. De præterito dolo transigere, & pacisci concessum est, ut & de furto. De hoc in *L. iurisgentium, §. si paciscar. D. de pact.* De dolo diserte scriptum est in *L. 4.* in fin. *C. de transact.* Quidni? remittimus enim hic actionem nobis iam quæsitam, nec propterea reum ad admittendum eum dolum [4] invitamus, cum iam sit admissus; nec de futuro agitur. Sic & de falso transigere & pacisci licet; sed de falso iam admisso, cum quæstione falsi mota de eo transigitur. *L. pen. C. de transf.*

IX. Videri tamen potest Paulus etiam de futuro dolo non præstando pactionem admittere, in *L. si unus, §. illud, D. de pact.* sic enim scribit: *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus malus præstetur: quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat; quod pactum proderit.* Ne dixerimus ut quidam, in hac posteriore conventione Paulum loqui de præterito dolo remittendo; ideo & conventionem eum recipere. Propositionem enim Pauli hanc: Pactione effici non posse, ne dolus malus præstetur, de futuro dolo scriptam esse inter omnes convenit. Ab ea definitione excipit hanc conventionem, ne quis depositi agat, aut certe eam conventionem dubitationis loco superiori definitioni opponit, & se ea non moveri ostendit. Utrumvis dixerimus, apparet cum de ea conventione sentire, quæ ad futurum dolum, ad futuram depositi actionem removendam interponatur: quia si exceptio est, verbis definitionis contineri eam oportet; si obiectio, inepta est nisi species opponitur quæ sit ex eadem genere. Num ergo hoc dicit Paulus, hanc quoque pactionem, ne depositi agam, esse de dolo futuro non præstando, & nihilominus valere? Sunt, qui admittant, & fateantur illam quidem non esse servandam, quia nominatim & aperte convenerit, ne reus dolum præstet: at illam valere, si id convenerit tacite nulla facti doli mentione, ut in hac pactione, ne depositi agam; idque [5] defendunt scilicet illa regula iuris, qua traditur, expressa nocere, non expressa non nocere. Sed id multo minus defendi potest, quam superius. Cur enim conventio expressa ne de dolo agam, servanda non est? Nempe quia facultate impune fraudandi proposita invitat ad delictum, eoque turpis est, & contra bonos mores, ut diximus. Et an minus hanc facultatem impune fraudandi tribuit conventio tacita, si id agitur, ne dolus malus præstetur, & conventio servanda est? Est ergo hæc eadem non minus contra bonos mores, eoque non minus improbanda: cum sciamus generaliter omnia pacta huiusmodi, quæ sunt contra bonos mores, omni iure improbari. *L. 6. C. de pact. L. si unus, §. pacta, D. eod* Et certe si quid in hac specie interest inter pactionem expressam de dolo non præstando, & tacitam, hoc tantum interest; quod expressa est contra legem, id est, contra verba legis, quæ de dolo futuro non præstando pacisci vetat: tacita autem est in fraudem legis, ubi scilicet salvis verbis sententia legis circumvenitur. *L. contra. L. fraus,* seq. *D. de legib.* Quod in hac re accidit, ubi omissa mentione doli, tamen alia via pervenitur eo, ut impune in deposito fraudare liceat, id quod lex noluit. Certi autem iuris est, non minus improbari eas conventiones, quæ sunt in fraudem legis, quam quæ sunt contra legem, cum sint omnes pariter adversus sententiam legis, id est, adversus id quod lex voluit. *L. non dubium, C. de legib.* Nihil ad rem pertinet, quod dicitur expressa nocere, non expressa non nocere. Nam ne nunc quidem cum dicimus tacitam pactionem de dolo futuro non præstando non valere, ideo dicimus eam pactionem nocere. Immo ideo nulli nocet, quia est inutilis; sed dicimus eam non prodesse, quia non valeat; quod regula superior non prohibet. Quinimmo omnibus assentientibus ita recte dicturi sumus, quæ expressa non prosunt, ea non expressa multo minus prodesse. Quid ergo est? Id quod scripsimus ad

[3]) Et renunciatio proprii commodi ita rata, nisi in alterius præiudicium vergat, uti hic Reipublicæ. Delrio *ad L. 2[illegible] de R. I. C. 2c. p. 258.* qui & idem esse vult in [illegible]lo præsumpto seu lata culpa *p. 262.* Quin nec [illegible] Principis pœnam delicto committendo remittens [illegible], vid. Beud. *ad L. 3. de iuri. n. 38. & seqq.*

[4] Eoque casu nulla versatur turpitudo, sed sola commiseratio & liberalitas. Goed. *ad L. 3. de V. S. n. 14.* & quivi iuri [illegible] renunciare potest, P. Fab. *ad* [illegible] *23. de R. I. pag. 128.* [illegible]oier. *de Proc. exsec. P. 1. C* [illegible] *n. 221.*

[5]) Ut A. Fab. *ad L. 7. §. 15. de pact.* P. Fab. *ad L. 23. de R. I. pag. 126 & seqq.* Delrio. *ibid. C. 20. pag. 160. & seqq.*

ad *L.* 6. in fin. *C. de pactis*. Fatebimur videlicet valere hanc pactionem, si quis pacilcatur, ne depositi agat: & tamen recte negabimus hac pactione id effici, ne de dolo adversarii agere liceat. At Paulus ait vi ipsa hac pactione videri quem pactum, ne de dolo agat, & pactum prodesse. Recte ait videri, non esse. Videtur enim pactus, si verba spectamus; quia generalis pactio est, cuius verbis hoc continetur, ne qui pactus est, depositi ulla de caussa agat, etiamsi de dolo adversarii constaret. Nunc autem ex sententia paciscentium non id agitur. Quæcunque enim generalis pactio est, ne alicuius rei nomine tecum agam, semper in re dubia dolus tuus exceptus intelligitur, ut ne videar sensisse de eo, in quo vel me deceperis antea, vel me postea decepturus sis. *L. tres fratres*, *D. de pact. L. qui cum*, *§. qui per. D. de transaction.* Ita proderit tibi hæc pactio: sed hactenus, ut ne prosit fraudanti, si de dolo tuo constiterit. At isto modo pactio erit inutilis dicet aliquis, non, ut Paulus ait, eiusmodi, ut prosit. Nam depositi agi nisi ob dolum non potest. *L.* 1. *§. ultim. D. deposit.* ut proinde ad nullam aliam rem possit esse utilis hæc pactio, quam ut de dolo agere non liceat. Quod si ne ad hoc quidem prodest, efficitur pactionem plane esse inutilem. Sed non si mihi de dolo tuo probanti licet sine metu superioris pactionis tecum depositi agere, ideo pactio est inutilis. Quod enim dicitur depositi agi non posse nisi ob dolum solum eius, qui depositum accepit. *L.* 1. *§. ult. D. deposit.* sane verissimum est: sed hæc de dolo eius controversia duplex est, quarum in una reus secundum naturam iudicii onus probandi sustinet: in altera is qui agit. Finge me apud te rem aliquam deposuisse, neque te eam reddere. Aut sic tecum ago, quasi rem adhuc habeas, & ob id dolo facias, quod non restituis quod habes; tu autem ideo te negas teneri, quia rem amiseris; aut cum constaret te amisisse, intendo dolo tuo factum, ut amitteres. Illic non est meum probare rem esse apud te, ut recte agam. Satis est, quod tua confessione constat te rem depositi caussa accepisse. Necesse est enim te, quam rem semel acceperis, etiam nunc habere, ac propterea dolo non restituere, nisi amiseris: ut hoc solum tibi restet ad defensionem, ut dicas te amisisse. Hoc vero si dicis, huc res redit secundum regulas iuris, ut amissionem & casum probare debeas, quia dicis. *L.* 2. *D. de probat. L.* 4. *C. de pignor. act.* Quod si constabit te amisisse, hic transfertur in me onus probandi. Quia enim constat te dolo non facere, quod non reddis id quod non habes: necesse est, aliunde arcessiri non restituentis dolum, atque hoc me intendere hoc ipsum dolo tuo factum esse, ut rem amitteres. In hac vero omni huiusmodi intentione certi iuris sententia est, eum qui dolo dicit factum aliquid, docere debere dolum esse admissum. *L. quoties*, *§.* 1. *D. de prob.* Hoc intellecto, nemo dubitabit, quin hæc pactio, ne depositi tecum agam, tibi prosit, ut Paulus loquitur; & tamen verum sit non ad hoc prodesse, ne de dolo tuo de quo constet, recte agam. Proderit eo, ut si dicas te amisisse, quanvis non probes, absolvi debeas propter conventionem: quod quidem conventione non interposita futurum non erat, ubi diximus amissionem quam alleges abs te probari, aut condemnari debere. Quod si contendam rem adhuc apud te esse, aut amissam dolo malo, & probationem in me suscipiam, audiendus sum, nec pactio obstabit, quæ sine manifesta turpitudine non potuit tibi concedere, ut impune in deposito me fraudares, *d. L. si unus*, *§. pacta*, *D. de pact.*

X. Summa ergo definitio de dolo præstando hæc una est, & certa, & perpetua, unumquemque quovis in contractu dolo suum præstare debere, ut si quid dolo eius in re debita inciderit, quo res periret, aut deterior fieret, aut deperderetur, teneatur nihilominus perinde, quasi nihil eorum contigisset. Neque in ea re quemquam ulla conventione defendi, qua id agatur, ne de dolo agere liceat, sive ea erit expressa, sive tacita conventio, qualis hæc videri potest, ne depositi agam: hactenus enim esse inutilem, quia sit contra bonos mores; dum tamen sciamus dicta hæc esse de dolo futuro, quem solum hac pactione invitari constat. De dolo præterito, sicut de falso, & cæteris delictis iam admissis, sine hæsitatione pacisci & transigere licet.

XI. Contraria casus fortuiti definitio: sed & eadem una & certa, ubi nihil amplius quam casum fortuitum proponas. Ut ergo dicimus omnibus iudiciis unumquemque dolum suum præstare: ita contra placet casus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio, itemque a nemine [6] præstari. *L. quæ for-*

6) Iure Saxonum Landr. *Lib.* 3. *Art.* 5. pignore perempto citra culpam creditoris, periculum quidem debitoris domini eatenus, ut eius æstimationem solvere non teneatur creditor, sed iactura fit crediti in quod obligatum fuit. Quod mutavit D. Aug. Sax. Elector. *Nov. sua* 26. *P.* 2.

fortuitis, *C. de pign. act. L. contractus.* in fin. *D. de reg. iur.* Nec cum de bonæ fidei iudiciis, & similibus agitur, quidquam interest, utrum casu fortuito res perierit, deteriorve facta sit, an vero corpore integro sit amissa debitori; veluti si res commodata, venditave ei erepta sit, aut servus qui custodiri non solet, fugerit. *L. si ea res*, *D. de act. empt. d. L. contractus.* in fin. *de reg. iur.* Non solebant autem custodiri, nisi qui vincti dati essent, aut eius ætatis essent, ut custodia indigerent. *L.* 5. *§. quod vero* vers. *sed an etiam*, *D. com.*

XII. Casus fortuitus a nostris definitur, casus qui prævideri non potest, aut cui prævisio resisti non [7] potest. Exstat prior pars in *d. L. quæ fortuitis*, *C. de pign. act.* posterior in *L. in rebus*, in princ, *D. com.* Idem dicitur generaliter vis maior: ut sit vis maior quam ut ei resisti possit. *L. si cum venderet*, *§. ult. D. de pign. act. L.* 1. *C. com.* Itaque quod legitur in *L. si merces*, *§. vis maior*, *D. loc.* Vis mainr, quam græci θεοῦ βίαν appellant, posterius non pro interpretatione & demonstratione, sed pro restrictione accipiendum est: ut sit sensus, vis maior non omnis, sed ea quam græci θεοῦ βίαν appellant. Idem dicitur [8] fatum. *L. utique. D. de rei vind.* unde & damna fatalia quæ casibus fortuitis contingunt. *L. cum duobus*, *§. damna*, *D. pro soc.* Huius generis casus a rebus superioribus est vis omnis quam nostri [9] vim divinam dixerunt, græci ut dixi, θεοῦ βίαν *d. L. si merces*, *§. vis maior*, *D. loca.* ut ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, procellarum, fulminis, æstus, frigoris, cæterarumque calamitatum, quæ a cœlo ingruunt. A rebus inferioribus inanimatis [10] incendia, ruinæ, naufragia, aquarum inundationes, eluviones maris. In rebus ipsis mortes animalium, soli chasmata. Ab hominibus incursus hostium, prædonum impetus, piratarum insidiæ, fugæ fervorum, quæ custodiri non solent: quæ species sparsim occurrent in his locis. *d. L. contractus*, in fin. *de reg. iur. L.* 5. *§. quod vero*, *L. in rebus*, in pr. *D. com. §. item is*, *Inst. quib mo. re cont. obl. L. cum res*, *§. ult. D. de leg.* 1. Adde his damna a privatis illata; quæ quominus quis nobis det iniuria, nulla cura aut diligentia [11] consequi possumus. *L. ad eos*, *D. com. L. si ea res*, in princ. *de act. empt. L. sed de damno*, *D. loca.* Furta non sunt in hoc numero: quia ne quid furto nobis detrahatur, diligenti custodia adhibita [12] vitare possumus. Qua ratione, si quid furto sublatum sit in ea re, in qua culpa præstari debuit, placet debitoris detrimentum esse, qui alioqui hunc casum, non præstaret, si esset hic casus fortuitus. *L. cum duobus*, *§. damna*, *D. pro soc.*

XIII. Sed, ut proposui, ita casus fortuiti a nemine præstantur in bonæ fidei iudiciis, si nihil amplius debitori obstet ad præstationem, quam casus fortuitus. Cæterum quod de interitu rei debitæ ante diximus, liberari debitorem omnem interitu rei debitæ, nisi quod factum eius illi obstet, quominus liberetur; idem intelligendum est & rei amissione omnique periculo casus fortuiti in bonæ fidei iudiciis, ut eo casu liberetur debitor iisdem conditionibus. Ut ergo re perempta in strictis iudiciis tria obstant debitori ad liberationem, eiusque obligationem retinent, culpa eius, mora, conventio; sic obstant hæc eadem debitori in bonæ fidei iudiciis re perempta, & multo magis amissa. Nonnihil tamen dissimiliter: quæ dissimilitudo inter contractus bonæ fidei & contractus stricti iuris in hoc genere liberationis nobis in commune hoc loco observanda est.

XIV. Ac de duobus posterioribus, mora scilicet debitoris, & conventione, ius plane idem de casibus fortuitis præstandis, quod diximus servari interitu rei debitæ,

7) Ita & noster *ad L. 6. C. de pig. a.* & P. Greg. 21. *Synt.* 12. *n.* 1. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *sub finem* Sebast. Medic. *de fort. Caf. P.* 1. *Q.* 12.

8) Damnum fatale, detrimentum fatale &c. in LL. citatis a Lublero *Tr. de incend. C.* 2. *n.* 2. & *seqq.*

9) Donell. *ad L* 6. *C. de pig. act. n.* 3. *& seqq.* Vis maior vel interna est, ut in animalibus mors cum vinum acescit &c. vel externa, & aut cælitus immittitur, aut a rebus inferioribus, & nobis cognatis infertur, atque hoc vel ab inanimatis ut naufragia, incendia, ruinæ; vel a brutis depastiones locustarum, gracculorum &c. vel ab hominibus hostium & prædonum incursus Hot. 4. *Obs.* 16. fatalium casuum quinque species statuit. Vim divinam, naturalem, humanam, bestialem & fluvialem.

10) Incendium casus fortuitus, si extrarium sit vel a vicini ædibus exortum vel a fulmine excitatum, Delrio *ad L* 23 *de R. I. C.* 26. vel a pravis hominibus & incendiariis. Alias sine culpa fieri non potest, licet ea non semper patrifamilias vel inhabitanti imputari queat *L.* 3. *§.* 1. *de off. præf. vigil. L.* 11. *de peric. & comm.* cuius L. recepta & negativa lectio rectissima, Cuiac. 17. *Obs.* 29. *in fin.* Pac. 1. *Q.* 46. Virg. Pingiz. *C.* 2. *Ill. Q. Sax.* 23. *n.* 7. *& seqq.* contr. Hot. 5. *Obs.* 10. Vid. Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 25. Seb. Med. *de fort. Caf. P.* 2. *Q.* 7. Lubler. *Tr. de incendio.*

11) Quæ imprudentibus accidunt *L.* 52. *§.* 3. *Pro soc.* idest nihil huiusmodi verentibus, nec opinantibus. Imprudens enim significat non tantum ignorantem, sed & minime providentem. Rob. 2. *Rec. Lect.* 31. Nec necesse est vel *prudentibus* reponere, ut Hot. 4. *Obs.* 16. vel accipere ac intelligere quasi vocula *in* ibi non privet, & ita negationis vim detrahere, ut Gilb. *Reg* 2. *Enant.* 20.

12) In furto levissimam culpam statuunt, Duar. *ad tit. Commod. C.* 8. Menoch. 5. *Præf.* 3. *n.* 130. *&* 6 *Præf.* 61. *n.* 34. Seb. Med. *de fort. Caf. P.* 1. *Q.* 10. *n.* 4. Excipiunt domesticum, quod non ita facile præcaveri potest, Duar. *d. Lo.* Menoch. *d. Præf.* 61. *n.* 37. Hering. *de fideiuss. C.* 20. *§.* 27. *n.* 17. *&* 2. *seqq.* diss. Delrio. *ad L.* 43. *de R. I. C.* 24.

bitæ. Generalis veterum constitutio est, moram perpetuare obligationem. *L. si servum, §. sequitur, D. de verbor. oblig.* Generalis definitio & illa, unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique, D. de regul. iur.* In bonæ fidei autem contractibus ius traditum in *L. illud, D. de per. & com. rei vend.* Postremo constat post moram debitoris ideo damnum amissæ rei debere præstari moram passo; quia ita præstari æquum est; alioqui rem acceptam distracturo, & pretium lucraturo. *L. item si, §. ultim. D. de rei vind.* Hanc æquitatem admittunt ex omnibus iudiciis maxime ea quæ sunt bonæ fidei, in quibus præcipue omnia æstimantur ex æquo & bono. *§. in bonæ, Inst. de act.* Conventionis eadem vis in his iudiciis, ut si convenerit initio, ut debitor casus fortuitos præstaret, eos præstet ex conventione. *L. 1. C. com. L. quæ fortuitis, C. de pig. act. L. 1. C. depos. L. 1. §. sæpe, D. dep.* Et vero quibus in iudiciis magis servanda sit hæc conventio, quam in iudiciis bonæ fidei; cum nihil magis bonæ fidei conveniat quam servari id quod inter contrahentes actum est? *L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.*

XV. Sed de culpa debitoris, quæ casum fortuitum præcessit, nonnihil dissimile ius est in contractibus bonæ fidei atque in contractibus stricti iuris. Etiam in prioribus sæpe legimus, si culpa debitoris præcedens amissioni rei & periculo caussam dedit, perpetuari hic quoque eius obligationem, & casum debere ab eo præstari. Atque hinc illa sunt. Dicimus incendium ut casum fortuitum nullo bonæ fidei iudicio præstari. Hoc ita est, nisi incendium contigerit culpa eius, qui rem debuit, ut fere solent incendia oriri culpa inhabitantium. *L. si vendita, D. de per. & com. rei vend.* Dicimus naufragium, latronum impetus, prædonumve, casus fortuitos esse, eoque non præstari. Hoc ita est, nisi si cui res commodata sit, ut domi haberet, is autem peregre profectus aut inciderit in latrones, aut naufragio rem amiserit. *L. in rebus*, in pr. *D. com.* Sic diximus & damna ab aliis illata a nullo præstari, quia & hæc in casibus fortuitis numeranda sint. Sed & hoc ita accipi placuit, nisi damna contigerint in rixa, cui rixæ caussam debitor præbuerit. *L. pen.* in pr. *D. sol. mat.* aut illata sint propter eius inimicitias. *L. si merces, §. culpæ, D. loc.* Quæ omnia eo dicuntur, quia in his præcessit culpa, quæ casui caussam dedit. Ubi cum casum fortuitum a debitore præstari dicimus, magis dicimus ab eo culpam præstari, quam casum, cum casum præstet propter culpam; proinde & hic magis originem spectemus.

XVI. Sed hoc, inquam, tunc solum locum habet, cum agitur ex eo contractu, qui culpam recipit, seu in quo culpa præstanda est: de quo genere mox dicetur. Quod si contractus dolum tantum recipiat, casum fortuitum debitor non præstabit, sive sine culpa eius casus contigerit, sive eius culpa; quoniam culpa sublata, quam placet in eo genere non præstari, solus relinquitur casus fortuitus, qui præstetur. At & hunc solum non præstari placet: Sit exempli caussa depositum. Si re apud aliquem deposita, cum is defunctus esset, heres dum putat esse hereditarium, vendiderit eam, aut donarit, aut occiderit pro sua; placet eum depositi non teneri, nisi quatenus ex ea locupletior factus est. *L. 1. §. ultim. L. 2. 3. 4. D. deposit.* Hinc animadverti potest id, quod præcipue in bonæ fidei contractibus hoc loco quærimus, quid sit proprium horum contractuum ad liberationem debitoris, cum de interitu, aut amissione rei quæritur: quo & ipso distent a stricti iuris contractibus. Est autem in hac re quod inter hos contractus intersit, cum in genere periculi, tum in eius caussa. In genere periculi hæc, quam initio huius capitis ostendimus: quod in strictis iudiciis, puta re ex stipulatu promissa, debitor interitu rei liberatur: amissione rei quæ salvo corpore rei contingat, non item. In bonæ fidei iudiciis contra & interitu rei, & eius amissione pariter liberatur. *L. si ea res, D. de act. empt.* In caussa periculi est præter dolum debitoris culpa. In hac est inter hos contractus istarum rerum duarum differentia: Una hæc; In strictis iudiciis quodcunque factum est debitoris, quo res interiret aut amitteretur, sive in eo dolus sit, sive culpa tantum; perpetuat illi hæc culpa obligationem. *L. si servum*, in princ. *D. de verbor. obligation.* In bonæ fidei autem iudiciis etiam hoc facto a quo modo dolus absit, debitor liberatur si agatur ex eo contractu, qui dolum tantum recipiat, quale esse diximus depositum. Altera hæc est; In strictis iudiciis ut debitor tenetur re perempta, si qua eius culpa, quæ in faciendo sit, interitus contigerit: ita si contigerit culpa quæ sit in non faciendo, id est, eius negligentia, liberatur. *d. L. si servum*, in princ. *D. de verb. obligation.* In bonæ fidei iudiciis spectamus qui contractus culpam & negligentiam recipiant, aut non recipiant: ut si qui non recipiant, in his re amissa non teneatur debitor, quan-

vis culpa & negligentia eius res amissa sit. Sin qui recipiant, quidquid horum in debitore caussam periculo praebuerit, detrimentum sit debitoris, qui in eo genere omnem culpam suam praestare debuit. Ita omnis haec quaestio de casu fortuito in bonae fidei iudiciis ob culpam debitoris praestando aut non praestando hinc pendet, ut norimus, quid iuris sit de culpa in unoquoque genere contractus praestanda; quod tertium est, de quo iam dicetur.

C A P. VII.

De culpa; quid sit, & quotuplex: tum quibus in contractibus praestanda sit, & quatenus.

Cur posteriore loco & separatim auctor de culpa tractationem instituat: rerum partitio. I.
Culpa quid sit. Eius explicata definitio. II.
Eadem lata, & levis. III.
Lata quid sit, & unde dicta. IV.
Culpae dolo proximae seu latae prior nota; si quis in alienis rebus utatur negligentia non consueta in suis. V.
*Bartoli commentum de latioris & latae culpae diversitate explodi*tur. VI.
Altera, si non intelligat, quod homo quilibet intelligit. VII.
Secundae huius speciei exempla ex Paulo; & quid species haec a priore differat. VIII.
Quomodo haec conciliunda; culpam dolo comparari; latam culpam esse dolum. IX.
Lata culpa non triplex, ut quidam; sed unius generis & speciei. X.
Levis culpa quid sit: fusior definitionis explicatio. XI.
Culpae nomine absolute posito in iure levis culpa intelligitur. XII.
Haec aut in faciendo, aut in omittendo posita. Quorsum ista divisio. XIII.
In his veterum locutionibus: praestari culpam, & diligentiam seu custodiam; deberi diligentiam quantam in rebus suis, *quatuor esse animadvertenda diligentias; & quae illa.* XIV.
Levis culpa & levissima sive in faciendo, sive in negligendo una atque eadem apud iuris auctores, & aeque per ipsos praestanda. XV. XVI. XVII.
Exceptio. XVIII.
Lata culpa pariter ac dolus praestatur in omni contractu. XIX.
Nisi constet aliud de dolo, aliud de culpa lata statuisse leges. XX.
Summa iuris de culpa levi praestanda in contractibus, aut secus. XXI.
Non praestatur iure communi in illis, in quibus sola dantis vertitur utilitas. Hi duo, & qui sint. XXII.
Item nec in agrimensoris opera, & in precario; sed in his ex iure singulari. XXV.
Praestatur praecipuis de caussis in quinque gratuiti officii contractibus: qui illi. XXIII.
Item quibus de caussis excipiantur singuli. XXIV.
Triplex ordo contractuum; & quinam ex his dolum & culpam recipiant. XXVI.
Levem culpam quae est in omittendo minime praestant societas, dos, tutela, cura, rerum communio. XXVII.
Exponitur singulorum ratio. XXVIII.
Contrariis occurritur. XXIX. XXX. XXXI. XXXII.
Reliquos contractus omnes, qui culpam recipiunt, etiam illam praestare quae in non faciendo consistit XXXIII. XXXV.
Emendatur L. contractus 23. *vers.* in his D. de R. I. XXXIV.
Quibus in contractibus praestatur diligentia, eadem unius generis praestanda in omnibus. XXXVI.
Praestationem culpae in contractibus bonae fidei debitam ad alios etiam illis similes pertinere. XXXVII.
In legatis, & fideicommissis eadem doli aut culpae praestandae, quae in contractibus, servanda distinctio. XXXVIII.

I. HAEc ergo de dolo & casibus fortuitis dicta sunt, quid horum & quatenus in quoque iudicio praestandum sit a debitore: de quibus priore loco diximus duabus de caussis. Primum quia & horum cognitio natura prior est: cum non sit culpa, nisi id peccatum, in quod neque dolus, neque casus fortuitus cadit. Deinde, quia eorum duorum cognitio magis est exposita: utpote de quibus una est & simplex definitio in omnibus contractibus. Nam dolum in omnibus praestari: casum

sum fortuitum in nulln, ante diximus. Tum autem quid sit horum utrumque, non est obscurum. Non eadem culpæ ratio. Nam primum non statim intelligitur, quid sit culpa. Certe non unum genus est culpæ, ac de generibus ipsis, quid sint, & quot sint, parum liquet. Neque vero de eo frustra laboratur: quia & hæc non habentur eodem iure. Non enim omnes contractus quamvis culpam recipiunt: & qui recipiunt unum genus, non omnes continuo eius generis species pariter recipiunt, aut uno modo. Hinc, ut supra proposui, culpæ difficilior & obscurior explicatio est, dum hoc quæritur, quæ culpa quibus in contractibus præstanda sit. Ideo de ea non solum posterius, sed & separatim dicemus. Ac primum quid sit, & quotuplex; tum quid ex eo genere in unoquoque contractu sit præstandum.

II. Culpa est, [1] omne factum inconsultum, quo nocetur alii iniuria. *Factum omne*, ut intelligamus etiam quod omissum neglectumve est. Nam culpa non tantum in non faciendo est, ut si quis quid urat, frangat, rumpat: sed etiam in non faciendo, ut si negligat animal ægrotum, si agrum non colendo corrumpi sinat. *L. si servum*, in pr. *D. de verb. oblig.* Illa proprie factum est, atque ita nominatur in *L. & quidquid*, 21. *L. de illo*, 23. in pr. *D. pro soc.* hæc dicitur desidia & negligentia, quæ & ipsa species culpæ [2] numeratur. *L. socius*, 72. *D. pro soc. §. ult. Inst. de soc. L. magna*, *D. de verb. sig.* Hoc ipsum autem non facere, seu negligere aliquid, facere est. Est enim sibi imperare, & se continere, ne qui se continet, faciat. Et cum dicuntur apud Iustinianum facta deduci posse in stipulatum, constat facti verbo non tantum contineri, ut aliquid fiat, sed etiam ne [3] quid fiat, *§. ult. Inst.* de verbor. oblig. *Factum inconsultum*, ut distinguatur [4] a dolo, & casu: quorum ab utroque vere distat culpa. Dolum quidem a culpa ubique distingui in hac quæstione, notum est. *L. contractus*, *D. de regul. iur. L. 5. §. nunc videndum*, *D. com. L. si cum venderet*, *§. ult. D. de pign. act. L. quidquid*, *C. arb. tut.* & passim alibi. Et quod in lege Aquilia damnum culpa datum sic accipitur, ut contineatur etiam quod dolo & consulto datum est. *L. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil.* non tam proprietate efficitur, quam veterum sententia, qui hoc verbo usi sunt: quæ sententia ex comparatinne maiorum facile colligitur. Nam si tenetur ea lege, qui damnum dedit tantum culpa, quod est severius: multo magis intelligi oportet teneri eum, qui dolo damnum dederit; ubi minus mirum est teneri eum, qui magis deliquerit. In casu autem culpam non esse ex eo intelligitur, quod ibi solum culpa est, nhi quod humano captu provideri potuit, non est provisum. *L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* Casus vero fortuitus est, qui non potuit provideri. *L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* Porro ab horum utroque recte id factum distingui videtur, quod Inconsultum dixeris. Nam dolus omnis consilii est: est enim machinatio consulto adhibita ad alium fallendum, sive nocendum. *L. 1. D. de dol.* In culpa non est consilium, & destinatio nocendi: sed tunc est, cum quid fit quovis modo, sive mala mente, sive per imprudentiam, qno non de industria, non dedita opera nocetur alteri. Id autem factum recte inconsultum dixerimus, quod ad nocendum consultum consilium non habet. Sed & eodem verbo recte culpa a casu distinguitur. Nam & id inconsultum non male dixerimus, quod consilio adhibito regi & vitari non potest, Iam vero casus fortuitus eiusmodi consilium

1) Coras. 4. *Misc.* 1. definit: Imprudentia qua homines circa res alienas vel negligunt quod fieri oportet, vel faciunt quod omitti debet, & Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Ca.* 1. *pag.* 117. & fere probat Gœd. *ad L.* 213. *§. ult. de V. S. n.* 1. nisi quod vocem *alienas*, omittit. vid. *N.* 5. Sed rectius generis loco, Factum, quia Culpa non est imprudentia, sed illius consequens, ac licet sæpe ita vocetur, tamen in definitione exactiores simus. Decian. *Lib.* 1. *Tr. crim. Cap.* 6. *n.* 4. ita: Peccatum per imprudentiam admissum, in alicuius damnum, quod per prudentiam, si animadvertisset, evitari potuisset.

2) §. 9. ibi: *culpa, id est desidia & negligentia I. Quib. mo. re Contr.* §. 6. *I. de L. Aq. L.* 91. *pr. de V. O.* Cuiac. 16. *Obs.* 24. contra Accursium, qui culpam in faciendo consistere.

3) *L.* 121. *de R. I.* Male autem P. Greg. 21. *Synt.* 11. *n.* 2. omissionem curæ esse culpam, & in eo maxime differre a dolo, quod hic in committendo. Omissionis esse facere aliud, quam oporteat & ita quæ facienda sunt omittere.

4) Dolus sceleratæ, culpa stolidæ mentis: ille voluntatis vitium, hæc intellectus & memoriæ. Decian. 1. *Tr. crim.* 6. *n.* 4. *&* 5. ubi LL. adducit, quibus culpa dolo opponitur. Latiori tamen sensu culpa dolum continet *L. magna* 226. *de V. S.* denotans peccatum negligenter vel malitiose, Cic. 1. *Off. Cavendum ne maior pœna sit quam culpa. Pœnam moderatus es ad modum culpæ:* Hadr. *in Coll. LL. Mosaic. Tit.* 1. Sic *L.* 9. §. 3. *de minor.* Sic in L. Aq. culpæ nomine venit etiam dolus *L.* 5. §. 1. iunct. *L.* 30. §. *pen. ad L. Aq.* vid. Gœd. *ad L.* 213. §. *ult. de V. S. n.* 1. Delrio *ad L.* 123. *de R. I. C.* 1. *p.* 118. Charod. 3. *Verisim.* 9. Lubler. *de Incend. C.* 3. *n.* 1. *&* Ca. 4. *n.* 2. Decian. *d. C.* 6. *n.* 1. *&* 2. ubi tradit si quis fideiusserit pro omni culpa famuli, teneri quoque de delicto dolo commisso. Significatione autem verbi & crebriori usu perpetuo a dolo distingui scribit Donellus noster *ad L.* 11. *C. Mand. n.* 4. Et media est inter dolum & casum, utriusque expers. Charond. 3. *Verisim.* 9.

lium & providentiam non admittit. *d. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Adde, [5] *quo nocetur alii.* Nam quidvis facere, quo alii non noceas iure concessum est. *L. solvendo, D. de neg. gest.* ac proinde nullum in eo peccatum, aut delictum. *L. 1. D. de legib* Omnis autem culpa peccatum est. Adde amplius, *iniuria*: sic definitionem absolveris. Id autem eo pertinet, ut si quis quid fecit in re debita iure suo, quanvis eo facto damni aliquid contigerit, sciamus culpam non esse, eoque & factum esse impunitum: eadem illa ratione, quo modo usi sumus, quod non est culpa, si quid iure concedente facias; quia scilicet non est peccatum: omnis autem culpa peccatum est. *d. L. 5. §. 1. ad leg. Aquil.* Ut puta commodavi tibi vestimenta, quibus uterens. Recte utendo attrivisti: id damnum præstabis, quia in eo nulla tua culpa est, quod ita damnum dederis. Ideo autem nulla tua culpa, quia iure tuo ita usus es; & iure ideo, quia domini permissu. *L. eum qui, in princ. D. comm.* Item commodavi tibi equum, ut ad bellum duceres: ductum in bello amisisti. Commodavi, ut ad certum locum duceres: & in itinere aut incidisti in latrones, aut equus deterior factus est qui eum laborem sustinere non potuit. Etsi his omnibus damnis ductio tua caussam dedit; tamen nihil eorum præstabis; quia iure tuo duxisti, dum duxisti meo permissu. *L. si ut certo, §. sed interdum. L. ult. D. com.*

III. Culpa [6] duplex est: lata, & levis. Tot enim genera legimus veteribus cognita distincta a dolo, tradita his locis, *L. mulier, §. sed enim, D. ad Treb. L. quidquid, C. arbit. tut. L. tutori, C. de neg. gest.*

IV. Lata culpa dicitur a veteribus eadem, quæ dicitur [7] magna culpa in *L. magna, D. de verbor. significat.* Nam quod dicitur in *L. quod Nerva, D. depo.* latam seu latiorem culpam dolum esse, idipsum tribuitur magnæ culpæ in *d. L. magna.* Non recte, nisi magna & lata culpa una & eadem esse intelligitur; quoniam de levi culpa id dici non potest; neque plura sunt genera culpæ, quam lata & levis. Et res ita habet: lata culpa est, quæ non est levis, sed magna culpa: sic dicta ex usu latinorum, quo ea quæ magna & ampla esse significare volunt, dicunt lata, & late patere. Unde latifundia magnos & late patentes agros dixerunt; &, quædam inter se longe lateque distare, pro multum; ut sit hic synecdoche, pars pro toto. Nam latitudo magnitudinis pars est: sic tamen pars, ut non possit latitudo nisi rei magnæ intelligi. Ea autem lata, & magna culpa dicitur, quæ ita dolus non est, ut tamen sit dolo proxima. Neque aliter veteres latam culpam circumscribunt; qui dum latam volunt notare, pro lata dicunt culpam dolo proximam. Idque ex eo facile licet intelligere, quod quæ culpa ab illis dicitur dolo comparari, ea modo dicitur lata, modo & frequentius dicitur culpa dolo proxima. Nam quod Ulpianus dixit, latam culpam dolo comparari, in *L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix.* Idem eamdem sententiam alibi varie exprimens pro eo dixit, culpam dolo proximam dolum repræsentare, doli verbo contineri, [8] prope dolum esse. *L. 1. §. 1. D. si is qui test. lib. iuss. erit. L. quæsitum, §. eum quoque, D. de prec. L. ult. D. de eden. L. si fideiussor. in princ. D. de fid.* Et certe non alia culpa dici potest magna, quam quæ proxime ad dolum accedit: hæc autem est lata culpa. Itaque si quis latam culpam definire velir, recte dixerit ex veterum usu, esse culpam dolo proximam. Sic enim culpæ verbo intelligemus generaliter id factum, quod ante, culpam esse diximus: addita autem differentia, fiet species certa ejus generis, ut

5) Sic melius quam *circa res alienas*, quia in rerum propriarum administratione non præstetur, ut Delrio *ad L. 23. de R. I. C. 1. p.* 118 Nam quoties dominium est revocabile, culpa præstatur, etiam in re sua, ut in dote, item pactu redimendi &c. Quin & Gœd. *ad L. 213. §. ult. de V. S. n. 1.* in rebus propriis quoque committi, licet non ita exigatur, nec puniatur nisi in nimium abusum abeat *L. 2. de his qui sui.*

6) Ita & noster *ad L. 11. C. Mand. n.* 18. *& seqq. & n.* 31. *& seqq.* Et duas esse species Ræv *ad L. 23. de R. I.* sed longe aliter explicans, peculiari plane modo, dum latam culpam a lata negligentia secernit, & hanc eandem cum levi culpa statuit, nec culpæ nomine omnem negligentiam comprehendi sentit, aliaque ab aliorum opinione penitissime aliena adfert. Delrio *ad L. 23. de R. I. Ca. 1. p.* 119. *& seq.* duas species, tres autem gradus constituit. Sed verius qui culpæ nullas species, tres vero gradus statuunt, ex triplici diligentiæ gradu. Exacta, communi, & minuti: seu summa, media, infima, P. Greg. 21. *Synt.* 11, *n.* 3. Hopper. *Lib.* 1. *τεθεωρ. pag.*29. Charond. 3. *Verisim.* 9. Duar. *de Commod. Ca* 8. Curt. 2. *Conj. ad Fr.* 28. Cujac. *ad L.* 23. *de R. I.* Gregor. Lopez. *Animadv. Cap.* 17. *n.* 3. *&* 4. Lycklama 7. *Membran.* 34. fere Decian. *d. Cap.* 6 *n.* 8. Maioris enim & minoris, ratio specie differre non facit *L. ultim. de iustr Leg.* Quin omnes actus humani gradus fere recipiunt. Sic atrocior iniuria, acerbior & lenior pœna.

7) Quæ & magna negligentia *d. L.* 226. *L.* 1. *§.* 5. *in fin. de O. & A.* manifesta *L.* 2. *C. arb. tut.* lata & dissoluta *L* 29. *pr. Mand. L.* 6. *de adm. rer. ad civ.* nimia *L.* 213. *§ ult. de V. S.* remissior *L.* 5. *C. de perit. tut.* dissoluta ignoratio *L.* 55. *de ad. ed. &c.* vid. Delrio *d. C.* 1. *pag.* 120. Decian *d. C.* 6. *n.* 11.

8) Prope fraudem accedit *L.* 7. *§.* 1. *de susp. tut.* in doli crimen exit *L.* 1. *§.* 5. *de O. & A.* Delrio *d. Ca.* 1. *pag.* 121. Charond. *d. C.* 9. Decian. *d. C.* 6. *n.* 12. *& seq.*

ut dicatur factum quidem inconsultum, sed factum dolo proximum, quo nocetur alii iniuria.

V. Culpam dolo proximam esse, eoque eam quam latam dicimus, duabus 9 ex rebus tanquam notis deprehendimus, quas veteres ad hanc culpam designandam tradiderunt. Una est, si quis in rebus debitis & fidei suæ commissis non eamdem curam & diligentiam adhibet, quam adhibere solet in suis.

VI. Attribuitur quidem hoc factum ei culpæ, quæ dicitur latior, in *L. quod Nerva, D. depos.* Sed errat, si quis latiorem culpam quæ illic nominatur, aliam esse putat, quam latam, ut illic fecit 10 Bartolus. Sunt hæc pro eodem usurpata a veteribus, ut definitiones eorum de hoc genere declarant. Nam quod de latiore culpa dicitur in *d. L. quod Nerva*, hanc dolum esse: hoc idem dicitur de magna culpa in *L. magna, de verbor. obligat.* Et quid est magna, nisi lata? nam utrumque est positivi gradus. Est igitur latior idem, quod lata. Iam illud, non adhibere alienis rebus eamdem diligentiam, quam adhibemus nostris, quod latioris culpæ esse dicitur in *d. L. quod Nerva*, dicitur non obscure Ulpiano lata culpa in *d. L. mulier, §. sed enim, ad Treb.* ubi cum latam culpam distinguit a levi, & consueta in suis rebus negligentia; satis ostendit, peccare non consueta in suis rebus negligentia latam culpam esse. At hoc ipsum, peccare non consueta in rebus suis negligentia, nihil aliud est, quam non præstare eamdem diligentiam alienis rebus, quam nostris. Quare ut hoc idem est latioris culpæ, ita & latæ; ac proinde latior & lata idem. Motus est Bartolus vi comparativi latior: quia didicerat a Grammaticis comparativum augere vim positivi, ac plus ponere quam sit in positivo. Regulariter hoc ita fit: sed non est perpetuum. In quo fefellit eum usus latini sermonis, quo frequentissime comparativus ponitur non solum 11 pro positivo, sed etiam minuendi positivi caussa. Cuiusmodi est illud apud Virgilium Lib. 1. Æneid.

Tristior, & lacbrymis oculos suffusa nitentes.

Ubi tristior non significat tristiorem, quam qui tristis est, sed tristiorem solito, seu subtristem; quod minus est, quam si tristem dixisset. Huius generis & illa, *Attentior est ad rem, est iracundior paulo, vinum est austerius.* In quibus minus dicimus, quam si simpliciter hominem attentum ad rem, aut iracundum, aut vinum austerum diceremus. Utcunque est, certe in his concedunt omnes nihil amplius quam vim positivi inesse. Ita culpa latior cum per se ponitur, ex hoc usu aut minus significat, aut certe nihil amplius, quam lata culpa. Et cur dubitemus de verbo latioris id affirmare, cum in verbo maioris, quod verbum est eiusdem significationis & gradus, hunc nostrorum usum esse constet? Nam quæ a nostris dicitur vis maior, ut *L. si merces, §. vis maior, D. loc. L. si cum venderet, §. ultim. D. de pignor. action.* ea est, quæ dicitur in eadem re vis magna in *L. 2. in fin. D. de peric. & com. rei vend.* Illuc ergo redeo: latæ culpæ, quæ & eadem latior dicitur, notam esse, si quis non eamdem diligentiam alienis rebus præstet, quam suis, ut est in *d. L. quod Nerva, D. depos.* pro quo Ulpianus dixit, si quis peccet non consueta in suis rebus negligentia. *d. L. mulier, §. sed enim, D. ad senatusconsult. Trebellian.*

VII.

9) Donell. ad *d. L. 1. C. Depos. n. 4.* Æstimatur, ait, ex duabus rebus: Aut ex captu hominum communi, si obtenditur ignorantia rei quam omnes intelligunt. Aut ex captu privato & soluta diligentia eius qui peccat, si non eandem adhibet quam in suis, ex. gr. si hostibus adventantibus res suas alio transtulit, depositas reliquit. Diss. quoad alteram notam Hotom. 3 *Obs.* 2. putans minorem, quam in propriis diligentiam esse levem culpam per *L. 25 §. 16. Fam. erc.* quæ tamen contrarium probat *L. 72 Pro soc. L. 22. §. 3 ad Trebell.* Unde & in *L. 32. Depos* pro *latiorem leviorem* substituit, lapsu per quam gravi & indigno. Aliter Cuiac *ad d. L 23. de R. I.* latam culpam habet in depositario, si non æque attentus in aliena, ut sua; in socio levem, si rem communem non æque servet, & Delrio *d. Cap. 1. p* 128, in deposito ac precario latam culpam hoc modo sumi. In aliis contractibus levem culpam vocari *d. L. 72. L. 24. §. 5. Sol. matrim.* Parte alia diss. Lopez. *ut infra N. 14.*

10 Bart. *in d. L 32* sex species enumerans, quem antiquiores sequuntur & Seb Med. *de Cas. fort. P. 1. Q. 10. n. 2.* & Loriot. *Tr. de R. I. Axiom.* 138. *& seq.* 4) recenset, latiorem a lata separans,) Latissimam, latiorem, latam, levem, leviorem, levissimam. Sed ad notitiam huius materiæ sufficere trium graduum distinctionem ostendit Decian. *d. C. 1. n. 9.* Etsi enim negari non debeat latam, item levem culpam non semper esse æqualem; sed nunc graviorem, nunc leviorem, prout a dolo proprius vel longius abest Curt. 2 *Conject. ad Fr.* 28. Ræv *ad L. 23. de R. I. p.* 199 vel ut Charond 3. *Verisim.* 9 quo vel proximior nequitiæ, vel remotior non a scelere modo, sed & sceleris suspicione, idque pro re nata ex circumstantiis & qualitate facti æstimandum, ad cumque modum pœna moderanda: ea tamen ratione non sex tantum, sed & 12. vel plures gradus constitui possent. Culpa enim in hominum actibus non potest certis terminis circumscribi, Decian. *d. C. 1. n.* 25 Et iuris certe auctores latæ nomine latiorem complexi sunt. Nam si lata culpa est dolo proxima, latior erit ipse dolus, latissima supra dolum, Decian. *d. n. 9.* add. Lopez *Animadv. C* 17. *n. 3. & 4.*

11 Oroatus caussa. Sic benignius & longius *L. 18. d. LL. L. 18. pr. de Iudic.* culpa gravior *L. 64 §. 1. de acq. do.* Et comparativus certe positivo inest Facit *L. 32. de V. S.* Decian. *d. n. 9.* Delrio *d. C. 1. p.* 127.

VII. Altera latæ culpæ nota eft, non intelligere quod omnes homines intelligunt; de quo fcriptum eft in *L. latæ*, *D. de verb. fignificat.* his verbis, ***latæ culpæ finis eft, non intelligere id quod omnes homines intelligunt***. Finem hic recte accipiemus extremum: finem autem latæ culpæ, extremum latæ culpæ proprium, feu extremum, quod proprie in latam culpam cadit: ut fit fenfus: non intelligere id quod omnes intelligunt, & per hanc ignorantiam damnum dare, eft finis & extremum proprium latæ culpæ; ac propterea declarat hic peccatum effe lata culpa. Finem & extremum dixit Paulus, quia multa funt ab initio, per quæ ad hanc ignorantiam pervenitur, quæ tamen ftatim latam culpam non efficiunt. Sed cum ventum eft ad illud extremum, ut ignoretur quod omnes intelligunt, tum efficitur ea culpa, quam latam dicimus. Id hanc fignificationem habet, ut fi quis quid fecerit, ex quo certum periculum immineat, & quod omnes fenfu communi præditi intelligant imminere, id lata culpa fit, five fciat id periculum fubeffe, five ignoret. Nam fi fcit, vere culpa eft dolo proxima, quam latam effe conftat: fi ignorat, hoc ipfo etiam lata culpa eft, quod noluit fcire, aut etiam fimulat fe ignorare id quod omnes homines intelligunt.

VIII. Huius generis exempla funt, quæ proponit idem Paulus in *L. in lege*, *D. ad leg. Cornel. de ficar.* fi quis ex alto fe præcipitaverit, & fuper alium venerit, eumque occiderit: aut putator ex arbore cum ramum deiiceret, non proclamaverit, & prætereuntem occiderit. In his ille latam culpam nominatim ponit: ut fi eadem transferamus ad eum debitorem, qui rem debitam obviam his factis occiderit, aut deteriorem fecerit, habeamus eam latam culpam, de qua præftanda nunc agimus. At cur in his latam culpam ftatuit? quia facta funt eius notæ, quam ipfe de lata culpa alibi tradidit. Sunt enim facta eiufmodi, ex quibus periculum illud certo imminebat: quod fi is a quo illa facta funt, dicit fe ignoraffe, venit ad extremum proprium latæ culpæ; obtendens videlicet ignorationem eius rei, quam omnes intelligunt. Nam cum quid deiicitur in eum locum, quo iter fieri folet, fieri vix poteft, quin in rem aliquam prætereuntem aut aliquo modo obviam impulfus aut deiectio incidat: quod omnes norunt. Diftat hæc fpecies a priore, quod in negligentia hoc evenit, ut fi quis res alienas negligenter tractet, non fit lata culpa, fi quis æque eodem modo fuas negligat. In factis autem fuperioribus fi quis per diffolutam iftam ignorantiam, quam dixi, damnum det in re debita, id omnimodo præftat, quanvis eodem genere facti [12] peccaret in fuis rebus. Finge maritum ea fævitia uti in fervos dotales, ut nemo ignorare poffet, ea fævitia futurum, ut fervi aut interirent, aut deteriores fierent, idque accidiffe. Placet eum omnino teneri eo nomine, quanvis idem & in fuis talis fuerit. *L. fi conftante. §. fi maritus, D. fol. mat.* Merito: Hoc enim ipfum non intelligere, quod omnes intelligunt, peraperte diffolutæ negligentiæ eft. Negligere autem rem aliquam non continuo, fed ita demum, fi fcias eiufmodi aliquid effe præftandum, quo res fervetur, & poffis præftare: quorum de utroque ex eo quod quis in fuis faciat, eft æftimandum.

IX. Illud de lata culpa animadverfione dignum eft, quod a veteribus de ea fic paffim traditur, ut declaretur aperte dolum non effe: & tamen eadem certis locis dicatur effe dolus. Quæ cum in fpeciem fint contraria, faciendum eft hoc loco, ut explicentur. Culpam latam noftris dolum non effe argumento hæc funt. Primum diftinguitur paffim a dolo, non minus, quam culpa levis. *d. L. quidquid, C. arbit. tut. d. L. tutori, C. de neg. geft. L. 1. C. depo.* Deinde dicitur dolo comparari, dolum repræfentare. *L. 1. §. 1. D. fi menf. falf. mod. dix. L. 1. §. 1. D. fi is qui teft. lib. effe iuff. erit.* Quod de his quæ funt eadem, aut quorum unum de altero dici poteft, nunquam recte dixeris. Neque enim fieri poteft, fi quis dicat teftamentum comparari teftationi mentis, cum ipfum fit mentis teftatio: aut emptionem comparari conventioni, cum emptio fit conventio: non fane magis quam fi quis dicat hominem compara-

12) Diff. P. Fab. *ad. L.* 23. *de R. I. p.* 130. volens fi quis fit in fuis rebus negligentiffimus, ac talem fe quoque præftet in depofito, non teneri. Et Lopez *Animadv. C.* 17. *n.* 10. *& feqq.* (1) quia hoc repugnet illis textibus, quibus confueta in rebus fuis negligentia non coercetur. (2) Quia lata culpa dolus dicitur. Quid vero doli res habet, fi idem mihi quod aliis facio (3) In *L.* 32. *Depof.* non requiritur, ut fit ad eum modum diligens quem hominum natura defiderat, fed ut ad fuum. Et *ad L.* 213. *§. ult. L.* 223. *de V. S.* Refp. id admitti, fi culpa proveniat ex ea ignorantia, in qua comparatio rerum fuarum non cadit, tunc enim æftimari ex neglectione eius quod nemo fanæ mentis facile omitti. Quin & *d. L.* 223. fic exponere tentat finem effe latæ culpæ, id eft eo pertingere levem & ibi definere, ficuti fretum Gaditanum, finis Hifpaniæ, non eft Hifpania &c. Sic & Rob. 2. *Rec. Lect.* 8. exponit *d. L.* 32. verf. *nam etfi*. Licet aliquis negligentior fuerit in rebus fuis, quam plerique folent, fi tamen illam innatam negligentiam excefferit in cuftodiendo depofito: fraude non caret. Nec verba aliun fenfum ferunt, fi vulgatam lectionem retineas, cui male negationem detrahunt Hotom. 3. *Obf.* 2. *& in Epit. ad* 9. *Depof. n.* 10. & Curt. 2. *Coniect. ad Pr.* 28. *in fin.*

parari animali, cum homo ipse sit animal. Ex quo apparet, si recte dicitur lata culpa dolo comparari, hoc dici latam culpam dolum non esse. Rursum certis locis diserte traditur, latam culpam esse dolum. Traditum hoc in *L. quod Nerva*, *D. depo.* de latiore quidem culpa; sed qua aute ostendimus non aliam significari, quam latam. Traditum de magna culpa in *L. magna*, *D. de verb. signific.* Sed & hæc nihil aliud est, quam lata culpa, ut ante ostendimus. Quomodo igitur hæc conciliamus? Hoc modo: Proprietate verbi, & genere facti lata culpa non est dolus: interpretatione iusta, & effectu iuris [13] dolus est. Latam culpam dolum non esse definitio utriusque declarat. Nam dolus est machinatio consulto adhibita ad nocendum; cum quod facimus, facimus data opera, ut noceamus; consulto, studio, de industria. *L. 1. D. de dol.* Lata autem culpa est, cum quod facimus, non facimus consulto, ut noceamus: etsi tam magna in nobis culpa est, ut non procul a dolo abesse videamur. Id ita esse, notæ, & in singulis ea exempla quibus ad hoc genus demonstrandum antea usi fumus, fatis indicant. Nemo enim dicet eum qui rem alienam negligit, ideo negligere consulto, ut pereat, aut deterior fiat. Fieri enim potest, ut negligat, quia fugit laborem. Et quod maiorem diligentiam adhibet rebus suis, eo fit, quia unusquisque fere sibi magis consultum esse vult, quam alii, ut est communis morbus naturæ depravatæ: non quia cogitet nocere vicino. Item cum quis aut se præcipitat, aut aliquid deiicit in publicum, & casu in rem aliquam incidit, quam & rupit, ne hoc quidem dicere possumus factum consulto, ut id damnum incideret. Multi enim sunt, qui hæc faciant petulantia aut levitate magis, quam studio; dum scilicet periculum facere volunt, quem eventum is casus habiturus sit, aut potius videre, si cui metum incusserint. Neque plura sunt facta, quibus lata culpa arguatur. Vere igitur dicitur proprietate verbi, & genere facti latam culpam dolum non esse, atque hac de caussa a dolo recte distingui. Sed nihilominus etiam recte dicitur dolum esse interpretatione, & effectu iuris; quia usque adeo fit dolo proxima, ut iure pro dolo habeatur, atque ita effectu sit dolus. Idque ita interpretandum ex eo intelligimus, quod aliis locis tam constanter dicitur lata culpa pro dolo esse; dum huic comparatur, hunc repræsentat, huius verbo continetur, *d. L. 1. §. 1. si mens. fal. mod. dix. d. L. 1. §. 1. si is qui test. lib. esse iuss. erit*, *d. L. quæsitum*, *§. eum quoque*, *de prec.* Quod pro dolo est, id non male dolum dicimus, quia effectu iuris dolus est; similiter ut patientiam in servitutibus transferendis dicimus esse pro datione & traditione servitutis. *L. ult. D. de servitut.* Cum tamen alibi hæc ipsa patientia dicatur esse datio & traditio servitutis, ut in *L. 3. D. de usuf.* Indicat hoc idem Ulpianus, qui in *L. dolus*, 44. *D. mand.* in mandato dolum esse dicit, si quis quod ad mandatum pertinet, sciens non facit, cum posset, puta non vult persequi quod potest, aut sciens non utitur exceptione, qua uti poterat; ipse autem alibi scribit dissolutam negligentiam esse hanc, quam ideo debeat mandatarius præstare, quia dum ita se gerit, videatur dolo versari, & dissoluta negligentia prope dolum sit. Hoc ille in *L. si fideiussor*, 29. *in pr. D. mandat.* Ubi aperte quod alibi dolum esse dixerat, ideo ita dici ostendat, quia pro dolo habeatur. Sed hic opponitur *L. quod Nerva*, *depos.* ubi non præstare eamdem curam deposito, quam suis rebus, dicitur fraude non carere, eumque qui id faciat, facere non salva fide, eoque contra bonam fidem: proinde & dolo: quæ omnia de re & facto ipso dicta sunt a Celso, non de iuris interpretatione. Dicendum est in hoc genere negligentiæ, quæ admittitur in rebus depositis & fidei accipientis commissis non factum tantum ipsum per se spectari, sed & officium, quo obstringitur, qui accepit. Si factum per se spectetur, non potest dici statim dolo facere eum qui rem negligat; quia non continuo dixeris eum dedita opera & consulto id facere, ut res pereat

13) Valentin. Volt. *ad L. Corn. de sicar. C. 3. n. 3.* non ex nominis proprietate, sed per interpretationem extrinsecus assumptam. In dolo vafrities, in hac inscitia, ille fit sponte, hæc partim invite, ille scienter, hæc ignoranter, Delrio *d. C. 1. p.* 126. vid. Decian. *d. C. 1. n.* 16. Neque huic interpretationi semper locus, sed ubi vehemens fraudis suspicio. Quia enim adeo crassa & supina est, coniuncta malitiæ & affectata censetur, cum raro eveniat, ut quis sit adeo stupidæ mentis, ut quod omnes sciunt ignoret, Decian. *d. n.* 16 Ideoque est & vocatur dolus *L.* 226. *de V. S. d. L.* 32. *Depos.* scilicet præsumptus, Goed. *ad L.* 213. *§. ult. de V. S. n.* 2. Delrio *d. C. 1. p.* 126. Quandoque tamen fraudis suspicio cessare potest & apparere mera supina negligentia, veluti si quis se de alto præcipitans alium interimat *L. 7. ad L. Corn. de sic.* Quis enim hoc fraude faciat. Ideoque tunc dolo non æquiparatur, Baro *in §. ult. I. de societ. f.* 322. sed ab eo remotissima, Delrio *d. Cap. 1. p.* 122. Sic & doli præsumptio cessat quando eodem modo dissolutissime negligens fuit in rebus suis. Atque hoc modo forte distinctio Zasii inter culpam versutiæ & ignorantiæ, seu ut alii, malitiæ & imperitiæ, Goed. *d. lo. n.* 1. Lubler. *de incendio C. 4. n.* 2. sustineri poterit, quam impugnat Decian. *d. C. 1. n.* 17. *& seq.*

pereat aut deterior fiat, ut ante ostendi. Sin spectetur officium quo se obstrinxit depositarius ad rem bona fide servandam, hic recte dixerimus eum contra eam fidem facere, eoque [14] hactenus fraude non carere, si cum sciat & possit rem curare, non curet. Cum enim hanc custodiam ex bona fide in se receperit, quæ potest illi in negligentia sua esse excusatio, ubi scivit quid facto esset opus ad rem servandam & potuit id facere? Scivisse enim apparet: quia ut providet, ita eadem facit in suis. Cæterum semper illud manebit, cum ab hoc officio præstationis susceptæ discesserimus, si factum ipsum etiam negligentiæ superioris spectabimus, nunquam vere id factum absolute dolum dici posse: licet interpretatione & iuris effectu pro dolo habeatur.

X. Lata culpa iure est unius generis, & unum eumdemque effectum habet, eum quem modo dixi, ut dolo comparetur, quibus in caussis dolus præstandus est; de quo postea amplius suo loco. Hoc sensio, latæ culpæ non esse has species, ut quædam sit lata tantum, quædam latior, quædam latissima, ut quidem his verbis res iure diversæ significentur. Nam quæ latior culpa dicitur in *L. quod Nerva, depo.* eamdem esse ostendimus, quæ dicitur lata; quemadmodum vis maior nostris eadem est, quæ vis magna. Latissima autem culpa etsi apud iuris auctores nusquam legitur, quod sciam; tamen si libeat hoc verbum usurpare de culpa, non potest eo verbo alia intelligi, quam lata. Ea enim demum latissima est, qua nulla est latior. At nulla culpa latior est ea, quæ dolo est proxima. Ea autem est lata. Nam quod Bartolus dicit latissimam culpam esse verum dolum, ineptum est: quoniam de culpa sic nunc agimus, ut culpam intelligamus, quæ distet a dolo.

XI. Levis culpa est omne factum, quo nocetur alteri iniuria per imprudentiam. Intellectum est enim ex superioribus, si quod factum sit, quo nocetur alteri iniuria, ita demum culpam esse, si neque in dolum, neque in casum fortuitum cadat: rursum ita esse levem, si non sit lata: cum non plura genera sint culpæ, quam hæc duo, lata, & levis. At tria hæc superiora verbum imprudentiæ removet, atque proprium levis culpæ factum constituit. Nam dolus consilii est, cum læditur & fraudatur quis consulto & data opera. Imprudentia incogitantia est, & consilium non habet. Lata culpa quæ est dolo proxima, est eius qui norit periculum quod ex facto imminet, aut pro eo habetur quasi sciret, quia omnes id intelligant. Imprudentia est eius qui id ignoret, quod & plerique omnes faciant, qui non sunt negligentes patresfamilias. Postremo casus fortuitus est in iis rebus, quæ consilio & humana prudentia prævideri non possunt. *L. quæ fortuitis, C. de pignor. action.* Imprudentia contra in iis, quæ consilio regi & vitari possunt, cum ea contra officium prudentis provisa & vitata non sunt. Superioribus autem tribus remotis, dolo, casu fortuito, lata culpa, sicubi culpam nominabimus, eam levem intelligi necesse est. Licet etiam levem culpam cum veteribus definire hoc modo: ut sit levis culpa, cum a debitore id factum non est, quod diligens paterfamilias in rebus suis faceret, & ea re in damnum incidit; si modo & debitor in suis rebus eadem negligentia utatur. Vel hoc modo: ut sit culpa levis, cum quod a diligente provideri potuit, per imprudentiam non est provisum & hinc damnum datum est. Quarum definitionum posteriorum prior colligitur ex *L. si cum venderet, §. ult.* iuncta *L. ea igitur*, seq. *D. de pign. act.* Nam cum in *d. §. ult.* scriptum esset, venire in actione pigneratitia & dolum & culpam, venire & custodiam seu diligentiam: ex his sic infertur in *d. L.* ea igitur. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exigantur.* Unde ergo istud, *igitur?* Nempe ex eo quod prius dictum erat in actione pigneratitia præter dolum etiam culpam & diligentiam præstari: culpæ autem quæ hic nominatur, proprium est, non facere in re pignerata, quod diligens paterfamilias in re sua faceret. Ex quo recte colligitur, ut creditor hanc culpam evitet in pignore, & præstet diligentiam contrariam, ipsum omnia præstare debere in pignore, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet. Atqui cum prius dictum est, in hac actione venire & dolum & culpam: omnes intelligunt culpæ verbo hic dici levem, non latam: quoniam doli verbo, quod præcessit, satis lata continebatur, ut mox dicetur amplius. *L. quæsitum, §. eum quoque, D. de prec.* Posita igitur ea diligentia quæ exigatur ab eo, quem levem

14) Et ob violentam præsumptionem. Donell. *ad L. 1. C. Depos. n. 18.* & per ea quæ *N. prec.* Incommode Lopez. *Animadv. Ca. 17. n. 10. Est culpa*, ait, *si mentem* *subvertiamus, dolus si rem ipsam, quia & ex re dolus est L. 36. de V. O.* Nam Celsus non dicit fraude negocium non carere, sed hominem ita indiligentem.

levem culpam præstare volumus, satis demonstrata est per contrarium culpa levis superioribus verbis. Sed adiiciendum est, quod dixi, si modo is qui diligentis patrisfamilias curam non adhibet alienis rebus, idem peccet, & eadem negligentia utatur in suis. Nam si homo in suis rebus diligens, non eamdem curam præstet alienis fidei suæ commissis: recte quidem dicetur eum non adhibuisse in alienis rebus eam diligentiam, quam diligens paterfamilias suis præstare solet: sed non levis hæc culpa erit, sed lata: quæ toties est, quoties quis in rebus debitis non eamdem diligentiam adhibet, quam in suis, etiam [15] si in suis esset diligentissimus, *d. L. quod Nerva, depos.* Ita levis culpa est dumtaxat hominis in suis rebus negligentis, & parum considerati, qui quod in suis peccat, peccat in alienis, aut alii debitis, cum alius diligens, certe diligentior rem melius & commodius esset administraturus: quam culpam ideo solus is præstat, qui tenetur ex eo contractu, qui & dolum & culpam, id est, levem culpam recipit, describiturque isto modo in §. 1. in fin. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* & §. *item is, Inst quib. mod. re cont. obl.* Idque est, quod Ulpianus in *L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Treb.* levem culpam ita circumlocutione describit, ut vocet consuetam in suis rebus negligentiam. *Sed si*, inquit, *cum distrahere heres deberet, non fecit lata culpa, non levi, & rebus suis consueta negligentia*. Quam prius levem culpam dixerat, ***, ut apparet, mox vocat rebus suis consuetam negligentiam. Recte negligentiam, ut intelligamus non esse adhibitam diligentiam diligentis patrisfamilias, cui nimirum diligentiæ contraria est negligentia. Consuetam autem in suis rebus dicit, quia si in suis diligentior non idem faceret, non levis culpa hæc esset, sed lata; quam etiam in deposito præstari oporteret: in quo tamen nihil amplius placet præstari, quam dolum. Posterior definitio sumitur ex *L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* ubi si quod ex deiectione in privatum locum damni contigisset, traditur eo nomine de culpa agi posse: culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuit, non esset provisum. Scimus autem in lege Aquilia contineri culpam levem & levissimam. *L. in lege*, *D. ad leg. Aquil.* Unde intelligere licet superiore definitione culpam levem seu levissimam definiri. Sed si levem tantum his verbis intelligi volumus, addendum est, ut dixi, si quod provideri potuit, per imprudentiam non esset provisum; ut scilicet non providere, quod diligens homo provideret in suis rebus, ita demum levis culpa sit, si is qui non providet in alienis, id faciat per imprudentiam; cuius indicium erit, si idem faciat in suis. Hoc ideo, quia iam dixi, si quis in rebus suis quanvis diligentissimus non eamdem diligentiam adhibeat in rebus fidei suæ commissis, latam culpam esse, non levem. *d. L. quod Nerva*, *D. depos.*

XII. De verbo ipso levis culpæ, notandum est in usu iuris hanc ipsam solo verbo culpæ absolute posito a veteribus [16] significari; ut cum dicunt contractus quosdam dolum malum dumtaxat recipere: quosdam & dolum & culpam; dolum tantum depositum & precarium, dolum & culpam mandatum, commodatum, & reliquos. *L. contractus*, *D. de regul. iur.* *L. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *D. com.* *L. si cum venderet*, §. *ult.* *D. de pign. act.* In quo si recte distinguuntur ii contractus, qui culpam recipiunt, ab iis qui recipiunt dolum tantum, necesse est culpæ verbo intelligi culpam solam levem, non etiam latam: quoniam doli verbo prius lata comprehensa est, ut quæ & ipsa habeatur pro dolo, & in qua propterea contractus alii ab aliis non magis distinguantur, quam in dolo, ut paulo post dicetur. Ex quo intelligitur sic culpæ verbum usurpari non tam significatione verbi, quam iuris interpretatione. Proprietate verbi etiam lata culpa per se culpa est; est enim species culpæ. *d. L. quidquid*, *C. arb. tut.*

15) At hanc extensionem *dd. LL.* non probant, Nam *d. L.* 32. aperte loquitur de homine alias quoque negligente in suis, negligentiore autem adhuc in alienis, minime vero de diligentissimo in suis. Et *d. L.* 22. §. 3. tantum probat a lata culpa excusare regulariter eandem in suis negligentiam. Durum certe eum qui se diligentem ad communem modum præstitit, si aliquo die paulo solito negligentior, non tamen dissolute fuerit, in lata culpa censeri, deterioriique esse conditionis, quam si quotidiana ipsi fuisset ea negligentia *L. 4. Quod vi aut clam.* Rob. 2 *Rec. Lect.* 7. Iniquum si quis exactissime diligens in suis, leviculum aliquid in re aliena, quod non itidem in sua faceret, admittat vel omittat ex communi hominum affectu, quo quisque se sibi proximum ducit, ut & noster *h. C.* vid. *N.* 14. exinde fraudis præsumptionem contra illum induci. Quin culpa levis frequentior lata. At posito ita iure, ut noster hic vult, crebrior foret lata culpa, aut sæpius in iudicium veniret. Semper enim lata esset, quoties ab iis qui ad communem modum diligentes sunt, (hi autem sunt plerique ut docent verba *communem modum*) admitteretur. Quid quod Cuiacius & Delrio ut *supra N* 9. simpliciter quoque & regulariter non consuetam in suis negligentiam culpæ levi adscribunt.

16) Quoties fere sine adiecto ponitur *L.* 1. §. 35. *Dep.* *L.* 5. § 3. *de in lit. iur.* *L.* 8 §. 3. *de reb. auct. iud. poss* *L.* 25. §. 1. *Sol. matrim. &c.* P. Greg. 21. *Synt.* 11. *n.* 4. Decian *Lib.* 1. *Tr. crim. Ca.* 6. *n.* 22. Delrio *ad L.* 23 *de R. I. C.* 1. *p.* 129. diss. Ræv. *ad d. L.* 23. *p.* 198. *per L.* 16. *L.* 36. *de R. V.*

tut. d. L. mulier, §. sed enim, D. ad Treb. d. L. tutori, C. de neg gest. Sed cum iuris ratio faciat, ut lata culpa comparetur dolo, eoque & contineatur doli verbo, necesse est ex hac interpretatione cum dolus prius nominatus est, nominatam dici & latam culpam. Unde evenit, ut si postea distinguatur culpa a dolo, non possit alia intelligi quam levis. Non enim a dolo distinguitur lata culpa, quæ potius dicitur esse dolus; sed distinguitur levis, quæ pro dolo non habetur. Sed & cum duæ tantum sint culpæ, lata & levis; necesse est, cum latam culpam removeris, ut fit cum attribuitur dolo, solam levem relinqui.

XIII. Levis culpæ species duæ sunt, ut re, ita & iure distinctæ. Quædam in faciendo est, quædam in non faciendo. His enim verbis Paulus utitur in *L. si servum*, in pr. *D. de verb. obl.* In faciendo; veluti, si tutor in rebus pupillaribus nova quædam instituat, sedulo quidem, & rei augendæ caussa; sed parum prudenter, ut quibus noceat potius rebus pupillaribus; cum tamen eadem in suis rebus faceret. In non faciendo; veluti, si aquæductus corrumpi patiatur, si servitutem usu interire, si ædificia non præstet sarta tecta, animalia non curet, ut oportet. Prius genus licet proprie factum dicere, ut & nominatur in *L. & quidquid*, 21. iuncta *L. de illo*, 23. *D. pro soc.* Posterius quia in omittendo & negligendo est, dicitur usitate desidia & negligentia: nam & hæc duo subiiciuntur culpæ in *L. socius socio*, *D. pro soc. §. ult. Inst. de soc.* Licet quidem hæc eadem genera animadvertere in lata culpa, si rem spectemus. Nam deiicere aliquid ex arbore aut e tecto, quo prætereuntem lædas, cum prius non proclamasses, lata culpa est *L. in lege*, *D. ad leg. Falcid.* hæc autem, ut apparet, in faciendo. Non adhibere autem eandem diligentiam rebus depositis servandis, quam tuis adhibeas, etiam latæ culpæ factum esse dicitur. *L. quod Nerva*, *D. depos.* Hoc autem in non faciendo, seu in negligendo. Unde & latam negligentiam etiam legimus, ut *L. tutor qui*, 7. *§. competit*, *D. de admin. tuto.* & pro eodem magnam negligentiam, in *L. magna*, *D. de verb. signif.* Sed & generalis est illa divisio culpæ ad omnem culpam pertinens, qua Paulus quamdam esse dicit in faciendo, quamdam in non faciendo, in *d. L. si servum*, in princ. *de verb. obl.* Verum ideo hac divisione in lata culpa non sum usus, quia de iure latæ culpæ quærentibus est supervacuum. Etsi enim lata culpa re ipsa easdem species habet, iure tamen hæ species eodem loco habentur, & eandem admittunt præstationem in bonæ fidei iudiciis. Est enim omnium commune, ut debitor latam culpam suam præstet, non secus ac dolum, sive facto aliquo suo peccarit, sive negligentia. In levi culpa diversum ius est. Nam quibus in contractibus placet levem culpam venire, in harum quibusdam præstatur tantum levis culpa quæ in faciendo est, non etiam negligentia levis, seu consueta in suis rebus negligentia: in quibusdam utrumque.

XIV. In hac divisione culpæ ne nos fallant ii loci, in quibus de utroque genere agitur, & de his ius statuitur, operæ pretium est observare morem loquendi veterum, quo illi ad exprimenda hæc genera utuntur: neque enim aperte iisdem verbis hæc designant, quibus ea ante notavimus. Cum ergo significare volunt, utramque illam culpam levem præstari, dicunt venire culpam, venire & diligentiam seu custodiam. Item contractus quosdam culpam recipere, quosdam & diligentiam. Item non solum levem culpam æstimandam, sed & diligentiam exigi. Hæc ordine in his [17] locis, *L. si cum venderet*, *§. ult. D. de pign. act. L. contractus*, vers. *in his*, *D. de regul iur. L. cum res*, *§. penult. D. de leg.* 1. Dicunt etiam culpam præstandam esse & diligentiam, & interdum addunt, diligentiam quantam in suis rebus, ut in *L.* 1. in princ. *D. de tut. & rat. dist.* In quibus orationibus quatuor digna sunt animadversione, quæ alioqui fugere possunt parum attentos, parum autem in iure exercitatos etiam fallere. Primum notandum, cum dicunt diligentiam exigi, aut præstandam esse, ab his sub una oratione significari aliud, quam verbum exprimat, & negligentiam scilicet diligentiæ contrariam notari. Hoc enim volunt intelligi per contrarium: postquam exigitur diligentia, si hæc non præstatur, admitti culpam huic officio contrariam, quæ fit in non faciendo, seu in negligendo, uno verbo negligentiam, & desidiam: quam & ipsam culpam ut eam quam prius nominaverant, æque præstari volunt; atque hoc sentiunt, æque desidiæ & negligentiæ nomine teneri, ut hoc aliis verbis explicatur in *§. ult. Inst. de societ. L. socius*, *D. pro soc.* Secundo loco animadvertendum, cum prius culpam

17) Vulgo aliter, diligentiæ videlicet nomine significari exactissimam, cui contraria levissima culpa, Cuiac. 19. *Obs.* 24. Decian. *d. C.* 6. *n.* 24. Delrio *d. C.* 1. *p.* 132.

culpam nominant, & eam distinguunt ab hac negligentia & desidia, quam sub præstatione diligentiæ volunt intelligi: eos culpæ verbo intelligere quidem culpam levem, quæ sola recte distinguitur a dolo; sed culpam dumtaxat, quæ sit in faciendo: quoniam aliter culpæ verbum non recte opponatur negligentiæ, id est, ei culpæ, quæ sit in non faciendo; certe ab ea non recte distinguatur. Nec moveri nos oportet, si quis obiiciat culpæ verbum generale esse, & continere omnem culpam tam quæ in non faciendo est, quam quæ in faciendo. *L. si servum*, in princ. *de verb. obligat. d. §. ult. Inst. de societ.* Sane enim vi sua verbum generale; sed ex usu loquentium, & iuris idem ut generaliter, sic etiam interdum specialiter accipitur: idque semper fit, quoties in divisione, culpæ verbum alteri speciei culpæ opponitur, vel ab ea distinguitur. Neque hoc novum est in usu iuris, ut quod verbum per se generale est, si dividatur, in divisione usurpetur iterum, contrahaturque ad speciem eiusdem generis. Exempla sunt usitata & nota in verbis adoptionis, cognatorum, actionis. Nam adoptio nomen generis, dividitur in adoptionem quæ specialiter ita dicitur, & in arrogationem. *L. 1. D. de adopt.* Cognati, quo verbo generaliter significantur omnes sanguine coniuncti, dividuntur in cognatos, qui specialiter ita dicuntur, & agnatos. *L. Iurisconsultus, §. 1. D. de grad. & affin.* Actio & ipsa generale verbum omnem petitionem continens, dividitur in actionem quæ proprie ita dicitur, & petitionem, tum persecutionem. *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. sign.* Sic hoc loco cum dicitur præstari debere culpam & diligentiam, id est, per contrarium, hac omissa negligentiam: culpæ verbo alteri speciei opposito intelligere necesse est, culpam quæ non sit in negligendo, sed tantum in faciendo. Tertio observanda est locutio, qua eodem loco dicunt præstandam culpam & diligentiam, ut *d. L. 1. de tut. & rat. distr. d. L. in rebus, D. de iur. dot.* Nam hic verbum præstare, quoniam ex æquo ad culpam & diligentiam refertur, consentaneum erat, ut eadem significatione ad utrumque referri videretur: idque ita in omni oratione receptum est, quatenus natura rei de qua agitur, pati potest. *L. 4. §. 1. D. de vulg. L. 2. C. de imp. & al. subst.* At hoc in proposito non ita fit, quia nec potest. Cum enim dicimus præstandam diligentiam, proprie loquimur, & sine figura, atque hoc significamus adhibendam esse diligentiam ad rem servandam. Quod non similiter intelligi potest, cum dicimus culpam esse præstandam: neque enim dicimus culpam esse adhibendam seu admittendam, cum potius id agatur his verbis, ut culpa fugiatur, & admissa coerceatur. Intelligi igitur oportet in his verbis, culpam præstandam, non proprie nos loqui, sed figurate, atque hoc dici, [18] præstandum esse culpæ damnum, μετωνυμικῶς ut sit caussa pro effectu, id quod antecedit pro eo quod sequitur. Nam culpa caussa est damni: hoc autem, non illam præstari volumus, sic tamen ut per illam damnum intelligamus. Postremo & illud in hoc genere orationum observandum, quod dicunt interdum debitorem quibusdam in contractibus præstare debere culpam, & quantam suis rebus solet diligentiam, ut *d. L. 1. de tut. & rat. distr. d. L. in rebus, D. de iur. dot.* ubi sciendum est culpæ verbo, culpam quæ in faciendo sit intelligi, & eam levem, ut ante ostendimus: diligentiæ autem illius nomine significari culpam quæ in non faciendo sit, sed latam, seu latam negligentiam, non levem. Cum enim non maior diligentia ab aliquo exigitur, quam quantam suis rebus præstat; si hanc non præstet, est hæc quidem culpa, sed lata, non levis. *L. quod Nerva, D. depos.*

XV. Ad has species cum ventum est, in his consistimus: neque vero plures sunt veteribus cognitæ, quarum quidem aliæ distinguantur iure ab aliis. Hoc sentio; quemadmodum lata culpa unius generis est, ut pariter præstetur in contractibus omnibus bonæ fidei; ita & levem culpam sive in faciendo erit, sive in negligendo, unamquamque in sua specie esse unius modi; ut non sit una alia maior aut levior, quam placeat in suo genere magis aut minus, quam aliam præstari. Vulgo tamen statuunt has species, ut quædam sit levis, quædam levior, quædam levissima. Ac ne quis divisionem repudiet, ex iure sumi videtur. Non enim apud veteres legitur tantum culpa levis, ut *d. L. quidquid, C. arb. tut. d. L. mulier, §. sed enim, ad Treb. L. cum res, §. pen. de leg. 1.* sed & levissima. *L. in lege, D. ad leg. Aquil.* Cumque conveniat inter omnes levem culpam ita recte definiri, cum ea diligentia adhibita non est, quam diligens paterfamilias

18) Illic adhibenda significatur, hic removenda, Donellus ad *L. 6. C. de pig. act. n. 11. & seq.* Et præstare culpam est ad culpam teneri, seu stare pro culpa, Hadrian. Cardinal. *de Mod. Lat. loq. p. m. 136.*

lias suis rebus adhibet: *d. L. ea igitur, D. de pign. act.* ex eo nimirum & de reliquis per comparationem huius diligentiæ statuunt: ut sit levior culpa, cum ea diligentia adhibita non est, quam diligente diligentior paterfamilias adhibet suis rebus: levissima, cum non adhibita est ea diligentia, quam suis rebus adhibet homo diligentissimus. Quas & ipsas definitiones ne quis reiiciat, licet observare in scriptis veterum hanc eamdem varietatem diligentiæ, ut interdum dicant diligentiam exigi, qualem diligens paterfamilias adhibet suis rebus: *d. L. ea igitur, de pign. act. L. si vendita, de per. & com. rei vendit.* interdum qualem diligentissimus. *L. in rebus*, in princ. *D. com. L. si merces, §. qui columnam, D. loc.* Quo posito quæstionem introduxerunt & sibi & aliis inexplicabilem, quomodo, quave nota distinguamus diligentiorem patremfamilias a diligente, & ab horum utroque diligentissimum. Ad quam explicandam meras nugas adhibuerunt, videlicet ne per somnium quidem visas unquam iuris auctoribus. Atque his ut alibi sæpe, & se & discentium ingenia misere discruciarunt. Ego autem illos omni hac molestia libero, & ne inanem operam sumamus in iis distinguendis, quæ eadem sunt, aio levem culpam & levissimam verbis distinctas, re aut certe iure esse easdem veteribus: & quibus in caussis dicitur levis culpa præstanda esse aut in faciendo, aut in non faciendo, in his eodem verbo præstandam esse levissimam quæ sit eius generis, quod præstandum esse dicitur. Et quod metiuntur levem culpam aut levissimam ex diligentia diligentis patrisfamilias itemque diligentissimi, assentior recte fieri: sed idem aio & re, & usu iuris apud omnes iuris auctores diligentem patremfamilias eumdem esse, qui est diligentissimus, & diligentissimum non alium esse, quam diligentem: ut quoties diligentis patrisfamilias sive diligentia, sive custodia exigitur; sciamus exigi diligentiam diligentissimi patrisfamilias: & contra ubi diligentissimi diligentiam exigi legimus, ibi sciamus non aliam accipi debere, quam diligentem diligentiam seu custodiam.

XVI. De culpa levi & levissima, has in usu iuris esse easdem, sit hoc argumentum certissimum. Quorum definitiones eædem sunt, ea inter se sunt eadem. Levis culpæ & levissimæ una & eadem definitio est: utraque igitur culpa eadem. Exstat in *L. si putator, D. ad leg. Aquil.* culpæ definitio huiusmodi; ut sit, cum quod a diligente provideri potuit, non esset provisum. Hinc definitionem consentiunt omnes esse levis culpæ, quam æstimamus ex officio & diligentia patrisfamilias: ut & vulgo recte probant ex *L. ea igitur, D. de pig. act.* Atqui hæc eadem definitio est culpæ levissimæ. Est enim definitio eius culpæ, quæ vindicatur lege Aquilia. Nam de ea agitur in *d. L. si putator*. In ea autem lege venit & levissima culpa. *L. in lege, D. ad leg. Aquil.* Ita, ut dixi, definitio utriusque culpæ est eadem. Quare & ambæ inter se eædem. Præterea admittimus vulgares definitiones de his culpis; & placet levem culpam ex diligentia diligentis patrisfamilias æstimari, levissimam ex diligentia diligentissimi. At diligens & diligentissimus idem valent iuris auctoribus, ut re ipsa iidem sunt. Quod si verum est, necesse est illis etiam auctoribus easdem culpas intelligi levem & levissimam, quæ ipsis finitoribus easdem habent definitiones.

XVII. Diligentem patremfamilias & diligentissimum re idem significare hæc probant. Diligens paterfamilias est is, qui diligentiam ad res gerendas necessariam adhibet: qui enim aliqua in re non adhibet, is hactenus diligens non est. Is autem est, quo alius non est diligentior: ac quo alius diligentior non est, is est diligentissimus. Qui ergo diligens est, idem est & diligentissimus. Præterea quam diligentem patremfamilias veteres vocant, eundem vocant & frugi. *L. si vendita, D. de peric. & com. rei vend.* Porro homo frugi veteribus omnia recte facit in rerum privatarum administratione; quod & in proverbium abiit, cuius meminit Cicero *Lib. 4. quæst. Tusculan.* Qui autem omnia recte facit, is est omnino, quem possumus diligentissimum dicere. Quare iidem sunt diligens & diligentissimus. Et ne videantur hæc dici subtilius, quam verius præter usum Iuris auctorum, observemus id quod præcipue hic animadvertendum est, constanter apud veteres in usu iuris, cum de culpa in contractibus præstanda agitur, diligentissimum & diligentem pro eodem accipi. Argumenta hæc sunt. Primum tale est. De commodato traditur in *L. in rebus*, in pr. D. com *in eo talem diligentiam* præstandam esse, *qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*. Et hoc Caius. Ulpianus autem in *L. 5. §. quod vero*, vers. *custodiam, D. eod. tit.* de eo contractu ex professo agens, & quod in eo summum præstari debet, complectens, nihil amplius quam diligentem seu diligentis hominis custodiam exi-

exigit, his verbis: *custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem commodatarius debet præstare*. Male ergo Ulpianus; aut diligens custodia, & diligentissima idem valent. Secundum argumentum tale. Traditur in *L. si cum venderet*, *§. ult. D. de pig. act.* in actione pigneraticia venire & dolum & culpam, venire & diligentiam, ut in commodato. Idem scriptum est de culpa a venditore præstanda in re vendita in *L. 3. D. de per. & com. rei vend*, Quod si hoc fit ut in commodato, eamdem & in commodato diligentiam exigi fatendum est. Atqui & in commodato diligentissimi hominis diligentiam exigi ante diximus. *d. L. in rebus*, in pr. *com* Quæ sunt contraria, nisi idem valent diligens & diligentissimus. Non sunt autem contraria, & vetamur id admittere. *L. 2. §. contrarium*, *C. de vet. iur. enucl.* Quo efficitur diligentis & diligentissimi diligentiam idem valere. Tertium argumentum ab absurdo. Si diligentis & diligentissimi diligentia eadem non sunt veteribus, dicendum erit maiorem diligentiam exigi, a conductore in locatione & conductione, quam a commodatario in commodato. Nam in *L. si merces*, *§. pen. D. loc.* scriptum est eum qui columnam trasportandam conduxit, in ea re periculum præstare debere, si quod eius culpa acciderit: culpam autem abesse, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem generaliter de omni conductore in *§. pen. Inst. de loc.* De commodato autem scriptum in *d. L. 5. §. quod vero*, vers. *custodiam*, *D. com.* a commodatario ut maximam exigi diligentem custodiam. At hoc non solum falsum, sed etiam dictu absurdum est, maiorem diligentiam exigi a conductore in re conducta, ubi utriusque contrahentis utilitas versatur, quam ab eo qui commodatum acceperit, in re commodata, ubi versatur solius eius qui accepit, utilitas. Falsum igitur & id, unde sequitur, nempe aliud esse diligentis hominis, & aliud diligentissimi diligentiam: quod non aliter vitamus, quam si statuamus id quod res est, eumdem esse diligentem & diligentissimum. Postremum argumentum item ab absurdo. Etenim quod distat diligens diligentia a diligentissima, id distat exacta diligentia ab exactissima: sunt enim hæc omnia eorumdem graduum comparationis. Iam vero de negotiorum administratione scriptum est in *§. 1. in fin. Inst. de obl. quæ qua. ex cont. nasc* in ea ab eo qui negotia gerenda suscepit, exigi exactissimam diligentiam. De commodato autem in *§. item is*, *Inst. quib. mo. re cont. obl.* exigi in eo a commodatario diligentiam exactam. Quæ si ita differunt, ut plus sit in exactissima diligentia, quam in exacta; nempe hoc constituitur maiorem diligentiam ab eo exigendam, qui negotia aliena administrat, quam ab eo qui commodato rem accipit. Hoc autem non falsum tantum; sed etiam absurdum: cum aliena negotia quisque suscipiat alterius caussa; qui autem commodatum accipit, accipiat sua. Falsum igitur hæc differre: ac proinde eadem esse verum est. Quod si eadem est exacta diligentia & exactissima, & exacta est diligentis, exactissima diligentissimi: conficitur non aliam esse diligentiam diligentis patrisfamilias, quam diligentissimi, nec diligentissimi aliam quam diligentis. Quare si levis culpa & levissima iure eædem habentur; si diligens & diligentissimus paterfamilias & re & usu iuris certo iidem sunt, atque ex horum officio & diligentia æstimantur culpa levis & levissima: fatendum est, quod proposuimus, quæcunque species levis culpæ erunt, id est, sive sit culpa in faciendo, sive in negligendo & omittendo, utrobique culpam levem eamdem esse, quæ & levissima est, & unius verbo utramque intelligi, ut pariter sit præstanda. Itaque recte dici potest, siquidem conferuntur hæc genera inter se, unam culpam esse alia graviorem, aut leviorem. Ut, si conferatur lata culpa cum levi, illa gravior est sine dubio, & hæc cum illa comparata, levior. Sic & in levi culpa si conferatur ea quæ in faciendo est, cum ea quæ est in non faciendo, seu negligendo, prior maior est, posterior levior: quam etiam ob caussam prior præstatur semper in iis contractibus qui culpam recipiunt: posterior non semper ut postea dicetur. Quod si singulæ culpæ spectentur ipsæ per se, singulæ ut proposui, in suo genere sunt unius modi, atque in eo habentur eodem iure: ut quemadmodum in lata culpa non est una lata, alia latior, alia latissima, quæ quidem sint dispari iure inter se: sic in levi, sive ea in facto est, sive in negligentia, non est alia levis, alia levior, alia levissima, quarum una magis præstetur, quam altera: sed omnes idem valent, ut aut pariter præstentur omnes, aut pariter non præstentur.

XVIII. Unum genus culpæ excipio, quæ in non faciendo & omittendo est; si quis puta, dum ex incendio aut naufragio servare potest aut solum res suas, aut solum res debitas quas eodem loco habuit, suas prætulit. Hic culpa statuitur a veteribus præter cæteras levissima, cuius ratio in cæte-

cæteris omnibus contractibus non habetur: placet autem in commodato [19] præstari: de quo etiam dicetur postea.

XIX. Generibus culpæ cognitis, superest quod erat propositum, ut de iure singulorum cognoscamus, quid earum videlicet in unoquoque contractu sit præstandum: id est, cuius culpæ nomine debitor teneatur, aut non teneatur: ut si tenetur, non liberetur, quanvis res debita sine dolo malo eius perierit, aut deterior facta sit: si non tenetur, liberetur: quo de genere liberationis nunc agitur. In quo ut genera culpæ a nobis proposita sunt, de his ordine dicemus: primum de lata, deinde de levi. De lata culpa præstanda certi iuris definitio est itidem ut de dolo, in omnibus contractibus ut dolus venit, sic cum dolo latam culpam præstandam sine ulla exceptione. Idque adeo verum est, ut quanvis lege aut edicto nominatim adversus dolum tantum constituta sit actio: tamen constanter constituerint veteres etiam hic [20] latam culpam contineri; eoque præstandam esse. Sic dicitur depositum dolum tantum recipere, in deposito dolum tantum venire. *L. contractus*, *D. de reg. iur. L.* 1. *§. ult. D. depos.* Sed non dubitant in eo venire & latam culpam. *L.* 1. *C. depos.* Idemque de agrimensoris opera, deque precario traditum legimus in *L.* 1. *§.* 1. *D. si mens. fal. mod. dix. L. quæsitum*, *§. eum quoque*, *D. de prec.* Neque hæc contraria sunt, dolum solum venire, & nihilominus latam culpam præstari: quoniam & lata culpa dolus est, *L. quod Nerva*, *D. depos. L. magna*, *D. de verb. sign.* aut quod idem est, sic interpretatione iuris comparatur dolo, ut pro dolo habeatur. *d. L.* 1. *§.* 1. *si mens. fals. d. L. quæsitum*, *§. eum quoque de pæn. L.* 1. *§.* 1. *D. si is qui test. lib. esse ius. erit.* Qua ratione non hic tantum, cum de dolo & culpa in contractu præstanda agitur, sed generaliter definiemus, ubicunque legimus legem dolum tantum coercere, culpam non item; doli verbo etiam latam culpam accipi debere; culpæ autem, quoniam a dolo, & per dolum a lata culpa distinguitur, non aliam culpam debere accipi, quam levem. Ut puta, traditur in *L.* 5. versic. *sed in his*, in quibus actionibus iuratur in litem, in his omnibus ob dolum solum in litem iurari, non etiam culpam. Id sic accipiemus, ut iurari possit ob dolum & latam culpam eius cum quo agitur; veluti, si tutor homo in suis diligens res pupillares perire passus sit non consueta in suis negligentia; idque ita declaratur in *L.* 2. *C. de in lit. iur.* Itaque quod subiicitur, iusiurandum hoc non etiam ob culpam deferri, sic accipi necesse erit, ob culpam levem: ut & culpæ verbum in usu iuris constanter accipitur, quoties distinguitur a dolo, ut supra ostendimus. Indicat *L. contractus*, *D. de reg. iur. L.* 5. *§. nunc videndum*, *D. com.* Similiter & illud quod legitur in *§. suspectus autem remotus*, *Inst.* de susp. tut. *Suspectus* tutor *remotus*, *si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non æque:* sic interpretandum est, ut famosus sit & qui remotus est ob [21] latam culpam, quoniam & hæc dolus est: non etiam ob culpam, id est levem, quæ doli verbo non continetur. Hoc enim est, quod aliis verbis explicatur in *L. ult. C. de susp. tuto.* suspectos tutores ex dolo, non etiam eos qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri. Ubi negligentia usitato more loquendi veterum accipienda est, negligentia qua tutores etiam in rebus suis utuntur, & secundum quam dicuntur homines negligentes. *§. ult. Inst. de societ.* id est consueta in suis rebus negligentia, quæ est culpa levis. *L. mulier*, *§. sed enim*, *D. ad Treb.* suspectos autem tutores etiam ob hanc

19) At si præcedentes rationes firmæ, nullo plane casu admitti debuit. Quare a vulgari sententia non recedo, ita tamen ut non hanc speciem diversam a levi constituam, sed qualitatem & gradum. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Cap.* 1. *p.* 119 *& seq.* Lublerus *de incendio C.* 4. *n.* 33. *& seqq.* Petr. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. pag.* 138. *& seq.* adde citatos *supra N.* 6. ibi *tres autem gradus*, *&c.* Nam ut alia mittam, hanc culpam eximie probat *L.* 3. *§.* 1. *Nauta caup. stab.* Ibi namque dicitur non teneri casu fatali, & tamen teneri, si res sine culpa periit. Potest igitur res perire extra casum fatalem, & tamen sine culpa. Proinde quiddam medium erit inter culpam absolute sic dictam, scilicet levem & casum fortuitum. Quod nihil esse potest nisi culpa levissima, quæ quia ad casum fortuitum proxime accedit, æque culpæ nomine simpliciter posito non continetur atque lata quæ proxime fraudem attingit.

20) Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Cap.* 5. *p.* 144. Et quod dispositio de dolo loquens per dictiones taxativas non excludat latam culpam, probat Decian. *Lib.* 1. *Ca.* 6. *n.* 15. *ex L.* 2. ibi *neque dolus neque lata culpa* iunct. *L.* 4. ibi *ita demum si dolo &c. C. de in lit. iur.*

21) Consentiunt Duar. *de in Lit. iur. n.* 35. *& ad tit. D. de. susp. tut. cir. fin.* Baro *ad tit. I. de susp.* Cuiac. *ad L.* 213. *de V. S. &* 7. *Obs.* 8. Decian. *Lib.* 1. *Tr. crim. Cap.* 6. *n.* 22. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Ca.* 1. *p.* 124. Quod ultra alios confirmo ex *L. ult. Ubi pupill. educ.* ibi: *dignus tali nota*. Et ex *L.* 42. *de V. S.* ubi tutelæ damnari dicitur civiliter probrum. Ergo infamat, & negatur natura probrum, quia possit in hominem idoneum incidere. Dolus autem certe in idoneum non cadit (etsi aliter noster exponat vid. *infra Lib.* 18. *C.* 8.) Et quia infamia ex ignorantia iuris irrogari potest *L.* 10. *§.* 6. *de his qui not. inf.* quidni & ex lata culpa? Non obstat *L.* 3. *§. ult. de susp. tut.* Nam ibi segnities significat desidiam, id est levem culpam. Diss. Vves. *in Par. de susp. n.* 8. Govean. *ad L.* 41. *ad L. Falc. n.* 5. Bron. 3. *Ass.* 9. Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 25. *Princ.* 2. excipiens casum *L. ult. C. Arb. tut.* quo negligens in conscribendo inventario tutor, ob præsumptum dolum. Atqui præsumptio doli & in aliis casibus ut supra. Marc. Lycklama 6. *Membran.* 14. Infamem fieri vult si lata culpa ex ignorantia iuris, secus si ex ignorantia facti.

hanc segnitiem postulari constat. *L. in postulandis, C. de susp. tuto.*

XX. Sed hoc tamdiu retinendum erit, quoad non aperte constabit, legem quæ de dolo loquitur, aliud sensisse. Quod si constabit, sententia legis sequenda est, neque lata culpa doli verbo continebitur. Hinc est videlicet, quod Paulus scribit in *L. in lege, D. ad leg. Cor. de sic.* in lege Cornelia dolum pro facto accipi; nec in hac lege latam culpam [22] pro dolo accipi. Hoc ille ideo, non quia in ea lege agatur de crimine vindicando solum: sed quia lex Cornelia ita scripta est, ut ex verbis appareat ea lege coerceri tantum eum, qui hominem occiderit dedita opera, seu eo animo ut occideret. Sic enim verba sunt inter cætera: *quive hominis occidendi caussa cum telo ambulaverit, quive cum magistratus esset, publicove iudicio præesset, operam dederit, quo quis innocens conveniretur, condemnaretur: præterea qui hominis necandi caussa venenum confecerit, dederit*, & reliqua in eamdem sententiam. *L.* 1. in pr. & §. 1. *ad leg. Corn. de sic.* Quibus verbis manifestum est exigi animum occidendi, & datam ad eam rem operam. Qui affectus & consilium non cadit in latam culpam, sive eum proponas qui aliquid temere deiecit in locum publicum; sive eum, qui alienas res negligat alioqui in suis diligens: quas species & notas latæ culpæ esse diximus. Et quod legitur in *d. L.* 1. in prin. *ad leg. Corn. de sic.* Simpliciter eum teneri, qui hominem occiderit: intelligendum est in eo deesse hæc verba, dolo malo. Quæ in lege fuisse & Paulus satis indicat in *d. L. in lege*. Ubi ait dolum in ea lege pro facto accipi: & apertius rescriptum Hadriani in *L.* 1. *§. Divus, eod. tit.* quo scriptum est, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse. Et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum.

XXI. De levi culpa præstanda hæc iuris summa est. Non omnes contractus culpam levem itidem recipiunt, ut latam. Quidam dolum tantum recipiunt, & cum eo latam culpam: quidam & dolum & culpam, intellige levem. Qui levem culpam recipiunt, non recipiunt omnem, neque uno modo. Quidam recipiunt levem dumtaxat, quæ in faciendo fit, non etiam quæ in non faciendo, & negligendo: quidam utramque. Atque hi etiam ipsi, qui utramque recipiunt, non sunt in eadem caussa. Nam cum in omnibus una sit definitio communis, una in re est in commodato, quod præter cæteros præstetur amplius, quæ eodem ordine nobis pluribus cognoscenda sunt.

XXII. Non ergo, ut cœpi dicere, omnes contractus bonæ fidei una cum dolo & lata culpa etiam recipiunt levem culpam. Quidam dolum tantum recipiunt, ut est in *L. contractus, D. de reg. iur.* Id est, tales sunt, ut si quid perierit, deperditumve sit in re debita; teneatur debitor, si dolo eius contigerit: sin aliter, liberetur. Huius generis contractuum species duæ sunt. Nam quidam dolum tantum recipiunt iure communi: quidam proprio & singulari iure. Iure communi ii, in quibus solius dantis eiusdemque creditoris utilitas versatur, nulla debitoris. *L.* 5. *§. nunc videndum, D. com.* Hi sunt, in quibus debitor officii debitor est, quod eius cum quo contraxit, caussa suscepit. Huius generis est depositum; quod constat suscipi deponentis caussa, non eius qui accipit. Ideo & depositum placet dolum solum recipere, seu in deposito dolum solum venire, ut præstetur. *L. contractus, D. de regu. iur. d. L.* 5. *§. nunc videndum, commod. L.* 1. *§. ult. D. depos.* Huius generis & commodatum interdum, si proponas, eum qui commodato dat, sua caussa commodare. Veluti, si sponsus sponsæ, vel cognatus cognato pauperi vestes aut alia ornamenta commodaverit, quo honestius culti ad se deducerentur: aut si qua sunt alia commodata, in quibus qui commodavit honoris sui, vel oblectationis rationem habuit: qualia commemoramur in *L.* 5. *§ interdum, D. commod.* ubi & ob suprascriptam caussam placet eum, qui commodato accepit, dolum solum in re commodata præstare. In hoc genere dixi dolum tantum præstari iure communi, quia efficitur ratione æquitatis communi ad omnes contractus pertinente, quam tradit Africanus in *L. si servus, § quod vero,* in fin. *D. de furt.* æquum esse videlicet, nemini officium suum,

22) Atqui recte tradunt, hanc interpretationem & fictionem doli in delictis cessare, Gail. 2. *Obs.* 10. *n.* 2. Govean. *in L.* 41 § 1. *ad L. Falc. n.* 4. Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 28. (ubi refellit Zasium, qui contra sentit 1. *Sing. Intell.* 2.) & probat Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *p* 123. ex *L.* 3. *& seqq. de serv. corr. L.* 50. §. *ult. de furt.* maxime si pœna capitis infligenda, ubi vera malitia requiritur ac, verba proprie ac naturaliter, non ficte & civiliter accipiuntur, Valent. Volt *Comm. ad L. Corn. de sic. Cap.* 3. *n.* 3. ut & si statuto pœna simpliciter delicto definita sit, sic intelligatur si dolose admissum, Gail. *d. lo. n.* 3 Volt *d. Cap.* 3. *n.* 6 Ac nec exceptio statuenda in re mali exempli ceu vulgo volunt, per *L.* 38 §. 8 *de pœn* ut scite ostendit, solerter *d.* §. explicans Petr. Theodoric. *Disp. crim.* 7. *Th.* 7. *lit. A.*

suum, quod eius cum quo contraxerit, non etiam sui commodi caussa susceperit, damnosum esse. Non est damnosum, si officio suscepto, quantum scit, & potest, tantum praestat: hoc enim initio sibi praescripsit, dum officium suscipit, ut bonam fidem in suscepto praestaret. Ideo & haec fides ab eo exigitur. *L. quod Nerva, D. depos.* Ita fit officium suscipienti damnosum, si in eo cogitur amplius quid praestare, quam fit & potest. Cogitur autem si praeterquam quod sciens prudens omiserit, id est, dolo aut lata culpa peccarit, teneatur.

XXIII. Non est tamen hoc ius perpetuum. Possunt enim iustae caussae intervenire, quae superiorem aequitatem mutent, efficiantque, ut officii debitor etiam culpam levem in eo officio debeat praestare. Quod cum accidit, placet etiam debere eam culpam in hoc genere praestari. Iustae autem caussae hae sunt: si actum sit, ut periculum culpae praestaret; aut si ei officio se obtulerit non rogatus; aut si erit officium muneris publici, quod ad alienam iniuriam conferri non debet. Hinc quinque contractus excepti, qui cum sint gratuiti officii dumtaxat, nihilominus & dolum, & culpam levem recipiunt; depositum interdum; negotia gesta; mandatum; tutela; cura.

XXIV. In deposito etiam levem culpam depositarius praestat, si convenerit initio, ut praestaret. *L.* 1. *§. si convenit, D. depos.* Sed hoc cum omnibus contractibus commune, ut quod de culpa aut casu fortuito convenerit, id servetur. *d. §. si convenerit, L. contractus, D. de regul. iur.* Idem placuit, si depositarius se deposito obtulerit. Neque id alia de caussa, quam quod qui se obtulit, se periculo depositi illigasse videtur. *d. L.* 1. *§. saepe, depos.* Et recte. Is enim intelligitur se deposito obtulisse, qui cum dominus apud hunc rem depositam nollet, sed aut secum ferre vellet peregre profecturus, aut vellet alio in loco relinquere, apud dominum ultro intervenit & hortatus est eum, ne secum ferret, aut ne in illo loco parum tuto relinqueret, sed deponeret potius apud se, ubi tuto posset asservari. Idem est, si cum dominus apud aliquem vellet deponere, exstitit aliquis per caussam officii, qui peteret a domino, ut potius apud se deponeret, ubi res esset tutiore loco. Quae qui facit, satis declarat se periculum custodiae in se suscipere, qui id agit, ut rem a pupillo vel itineris, vel alterius loci ad tutam custodiam suam transferat. In negotiis alienis gerendis etiam officium suscipi absentis caussa, non eius qui gerit, satis constat. In his tamen placet eum qui gerenda suscepit, non tantum dolum, sed & culpam praestare debere. *L. si negotia, D. de negot. gest.* Scilicet quia & hic se offert his negotiis gerendis: quo facto & is se periculo subiicere intelligitur, ut de eo qui se deposito obtulit, ante diximus. Sed & culpam a negotiorum gestore praestari eo est aequius, quod absentis nec consentientis negotia gerenda suscipit. Periculose constituitur adversus dominos absentes, si liberum est unicuique absentis negotia suscipere, ut cum per imperitiam gerentis deperdita erant, sit impune. Sed & hoc adversus eum qui suscepit, statui aequissimum est, etiam si sedulo, quam maxima potuit fide, res gesserit. Semper enim illi obiicietur, quod regula iuris traditur, hoc ipsum culpam esse, quod immiscuerit se rei ad se non pertinenti. *L. culpa, D. de regul. iur* Culpa, non si recte gesturus esset, cum liceat omni iure alterius conditionem meliorem facere: *L. solvendo, D. de negot. gest.* sed si recte gesturus non fuerit, ut hic accidit. At quae haec culpa, quaeret aliquis? Illa, quam egregie descripsit Caius in *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* quod non debuit *affectare id, in quo intelligit, aut intelligere debet imperitiam vel infirmitatem suam alii periculosam futuram.* Sane si quis ad negotia absentis deserta ab aliis & alioqui peritura accessit; placuit eum in ea administratione ad regulam communem pertinere eorum, quo officium aliena caussa susceperunt, vel dolum tantum praestet similis depositario: veluti, si cum futurum esset, ut absentis bona distraherentur, quia non defendebatur, exstiterit aliquis qui absentis defensionem susciperet, & per hanc occasionem rerum absentis administrationem. *L.* 3. *§. si exsecutor*, vers. *interdum, D. de neg. gest.* Obtulit quidem hic se alienis negotiis: sed non ideo eum se periculo subiecisse ex eo apparet, quod necessitate rei gerendae coactus accessit, non sua voluntate. Nec debet queri dominus sua negotia non satis perite, aut diligenter tractata esse, licet sedulo. Satius enim fuit concedi cuivis aliquid opis adferre conari perituris alioqui negotiis, quam pati omnino ea perire. Mandatum suscipere atque exsequi & ipsum officii est, eiusdemque gratuiti. *L.* 1. *§. ult. D. mand.* Dicitur tamen mandatum recipere & dolum & culpam levem, *L. contractus, D. de reg. iur.* & ut alibi explicatius traditur, placet a *procuratore* in re mandata *dolum & omnem culpam, non etiam casum*

sum fortuitum præstandum esse. L. a procuratore. *L. in re mandata, C. mand.* Hoc ideo, quia idipsum in se suscipere intelligitur, qui mandatum suscipit. Videndum est enim, quid hic geratur. Nempe unus est qui mandat, alter qui mandatum suscipit. Quid mandare? Est committere negotium aliquod alteri gerendum. Non geritur autem nisi industria & diligentia ad rem gerendam necessaria. Quare qui gerendum suscipit, hanc ipsam industriam & diligentiam in se futuram recipere videtur. Cui sententiæ scio multa adversari variis ex locis. Sed cum res pertineret ad præstationem mandati, & singularem ac proprium tractatum desiderare videretur, ideo hanc partem expofui diligentius in eo genere obligationis sub Titu. *In mandato quæ sint inter mandatorem & procuratorem mutuæ præstationes*. Unde assumere licebit, si quid ad hunc locum facere videbitur. Tutela idem officium continet. Suscipitur enim pupilli caussa, non tutoris. Tamen & hæc dolum & culpam recipit, *d. L. contractus, de regul. iur.* & alibi apertius idem explicatur: placet tutorem in tota administratione tutelæ, non solum dolum suum & latam culpam, sed & levem præstare debere. *L. quidquid, C. arb. tut. L.* 1. in pr. *D. de tut. & rat. distr.* Id favor pupillorum, & muneris constituti pro his publici ratio suasit. Etsi enim tutela munus publicum est, quod tutor invitus subire cogitur. *Institut. de exc. tut.* in pr. *L.* 1. *D. de adm. tut.* ut videatur tutor in officio alterius caussa suscepto tanto maiore excusatione dignus: tamen cum dentur tutores pupillis invitis quo ipsis consulatur: decet sic dari, ne tutelæ beneficium ad iniuriam miseræ ætatis convertatur: quod ita fieret, si liceret tutori imprudenti aut imperito quidvis facere & instituere in rebus pupillaribus impune. Ideo placet eum huius quoque facti & culpæ nomine teneri. Cura adolescentum eiusdem officii & utilitatis munus est. *Instit. de exc. tut.* in princip. Unde & easdem culpæ præstationes recipit. *d. L. quidquid, C. de adm. tut.*

XXV. His de superiore genere ob iustas supra scriptas caussas exceptis, manebimus in regula communi, ut quoties creditoris solius in contractu aut quasi contractu utilitas versatur, seu quoties debitor est officii debitor, si nihil aliud aperte suadeat, debitor nihil amplius præstet in eo officio quam dolum: & hoc, ut dixi, iure communi. Iure proprio dolum tantum recipiunt contractus duo, agrimensoris opera, & precarium: quorum de priore traditur in *L.* 1. *§.* 1. *D. si mens. fals. mod. dixer.* de posteriore in *L. contractus, de reg. iur.* & *L. quæsitum. §. eum quoque, D. de prec.* Hæc præter regulam cæterorum contractuum, & rationem communis iuris, eoque peculiari quodam iure, ut proposui. Nam in quibus contractibus utriusque contrahentis utilitas versatur, in his præstatur a debitore & dolus & culpa: ut in emptione, venditione, pignore, & similibus: multoque magis si solius debitoris utilitas in eo versetur, ut in commodato: de quo paulo post plura. *L.* 5. *§. nunc videndum, D. com. d. L. contractus, D. de regul. iur.* At ex priore genere est opera agrimensoris, nam is pro opera mercedem accipit, etsi non ut mercedem, sed ut honorarium. *L.* 1. in pr. & *§.* 1. *D. si mens. fals. mod. dix.* Ex posteriore est precarium. Quod totum comparatum est ad utilitatem eius qui accipit similiter ut commodatum. 1. *L. L.* 2. *D. de precar.* Ita conveniebat superiori regulæ, ut in his quoque culpa præstaretur: Sed non placuit singulari ratione. Excipiendi agrimensoris rationem hanc reddit Ulpianus in *d. L.* 1. *§.* 1. *D. si mens. fals. mod. dix. Visum est enim*, inquit, *satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis qui civiliter obligatus non est.* Hoc sentit: priusquam adversus mensorem proposita esset actio edicto prætoris, nulla erat adversus eum actio, civiliter enim non tenebatur. Visum est tamen prætori introducere. Hanc ille novam inducens, putavit quam mitissime posse, sibi esse inducendam. Idque etiam fieri publice interfuit. Est enim agrimensorum opera publice utilis civibus. Nulli autem facile hanc operam suscipient, si intelligent a se in hoc officio amplius exigi, quam ut præstent quod scient poteruntque. De precario hæc ratio redditur ab eodem Ulpiano in *d. L. quæsitum, §. eum quoque, de prec.* ideo eum qui precarium rogavit, dolum solum præstare aliter atque eum qui commodatum suscepit; quia precarium totum ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit. Totum dixit, ut intelligatur non tantum id quod initio fuit, sed & quod relinquitur & perseverat postea. Per omne id tempus proficiscitur precarium a liberalitate; quia ut initio liberum fuit non concedere: ita concessum liberum est revocare ei qui dedit, cum volet, sive id tempestive faciat, sive intempestive. *d. L.* 1. *leg.* 2. *de prec.* Hac vero ratione recte defendit Ulpianus, culpam levem non præstari debere

bere ab eo, qui precarium accepit. Nam si is qui dedit, revocare potest, cum vult, est in eius potestate omnibus temporibus videre & statuere apud se, quid probet, aut improbet in eo, qui accepit, & si quid non modo non probet, sed etiam suspectum habeat, precarium revocare. Quod si non facit, nihil aliud dici potest, quam eum non improbare possessorem, & contentum esse eius diligentia & captu. Non idem dici potest de commodato. Est id quidem origine a liberalitate & beneficio: nam & hoc ab initio liberum est non dare. Sed semel datum [23] definit liberalitatis esse, ac transit in necessitatem obligationis. Nam commodare est utendum dare certo præscripto utendi fine aut modo. Hunc cum semel initio præscripsit, qui dedit, adversus eum commodatum revocare non potest. *L. in commodato*, *§. sicut*, *D. com.* Interim in re a beneficio profecta id tempus commodanti nocere iniquum est: æquum igitur quidquid culpa commodatarii acciderit, quod commodator silentio suo non probavit, id a commodatario præstari, cuius utilitas solius in eo negotio versatur. Quæ si recte dicuntur, sunt in summa ex universo genere contractuum bonæ fidei & similium contractus quatuor, in quibus dolus tantum præstetur, non culpa levis; depositum cui quis se non obtulit; commodatum aperte constitutum commodantis caussa; mensoris opera; & precarium. Illud in his meminisse semper oportebit, cum dicimus hos contractus recipere dolum dumtaxat, id ita accipi debere, ut ubique nihilominus lata culpa sit præstanda: sententiis, ut supra dixi, optime inter se consentientibus, quia & lata culpa dolus sit. *L. 1. C. depos. L. quod Nerva. D. eod. L. 1 §. 1. si mens. fal. mod. dix. L. quæsitum, §. eum quoque. de prec.*

XXVI. Sunt, ut dixi, contractus, qui & dolum, & culpam recipiant: culpam, inquam, levem, ut aliquoties dixi accipi, cum a dolo, & per dolum a lata culpa distinguitur. *d. L. contractus, de reg. iur.* Hi ut intelligatur, qui sint, non enumeratione singulorum contractuum, sed generali definitione tantum opus est, quæ ex superioribus quatuor contractibus sua sponte intelligitur. Nam si hi sunt tantum, in quibus dolus dumtaxat præstetur: nempe hoc restat, ut reliqui omnes recipiant dolum & culpam, & quod idem est, ut debitor in his & doli, & culpæ levis nomine teneatur. Id autem etiam propositis contractuum generibus fiet hoc modo certius. Tres sunt ordines contractuum. Aut enim in his solius creditoris utilitas versatur, ut in deposito, & in rerum alienarum administratione: aut contra solius debitoris, ut in commodato, precario: aut in commune utriusque ex contrahentibus, ut in emptione venditione, locatione conductione, societate, dote, pignore, rerum communione. Quæ species indicantur in *L. contractus, de reg. iur.* In primo ordine dolum & culpam recipiunt quinque illi quos a communi regula eius generis exceptos supra diximus, depositum cui quis se obtulit, negotia gesta, mandatum, tutela, cura. Et hi recensentur in hoc numero in *d. L. contractus, de reg. iur.* Ex secundo ordine culpam recipit solum commodatum, non etiam precarium. *d. L. contractus*. Tertii ordinis contractus omnes recipiunt & dolum & culpam, una excepta opera mensoris. In quo apparet, quod supra dixi, omnes sine exceptione recipere utrumque, si ab his excipiantur illi quatuor quos solos diximus dolum tantum recipere.

XXVII. Sed hi ipsi quos dicimus dolum & culpam levem recipere, non omnes omnem culpam levem recipiunt, neque uno modo: ex quo hæc pars in varias difficultates incidit. Dixi levem culpam duplicem esse: quamdam in faciendo, ubi quid facias quo damni caussam des: quamdam in non faciendo, ubi omissis necessariis ad custodiam & conservationem rebus, res aut pereat aut deterior fiat. Hic ea distinctio locum habet. Qui contractus levem culpam recipiunt, ex his quidam recipiunt eam tantum, quæ in faciendo est, non etiam eam quæ est in omittendo, negligendove: quidam utramque. In illis ut teneatur debitor, dumtaxat si quid fecerit, quo noceret, non etiam si quid negligentia & socordia sua perire aut corrumpi passus sit: in his autem ut præstet utrumque, & factum & quanvis negligentiam. Qui utramque culpam recipiant, multi & varii, eoque incertiores. Qui priorem tantum, pauci & certi. Qui cum ideo facilius statui & cognosci possint, hos sumamus: quibus cognitis, etiam qui sint illi qui utramque culpam recipiant, eadem opera assequemur. Qui contractus levem culpam recipiant eam tantum, quæ in faciendo sit, non quæ in negligendo, hi ex universo gene-

23) Et ne desinat esse liberalitas nullo tempore custodia gravari debet, cum sint contraria liberalitatem percipere & ad custodiam teneri, Hopper. *Lib. 1. tubanis Tit. de Commodato.*

genere eorum, quos levem culpam recipere diximus, in summa sunt quinque, societas, dos, tutela, cura, rerum communio. De quibus ideo in hac re maior difficultas est, quod in *L. contractus, D. De reg. iur.* & *L. 5. §. nunc videndum*, & deinceps, *D. comm.* quibus in locis de culpa in contractibus præstanda ex professo agi videtur, nihil hic distinguitur, sed de omnibus contractibus qui culpam recipiunt una hæc communis definitio est, omnes culpam & eam levem recipere. Sed quod illic & similibus locis dictum est generaliter, id in aliis qui de unaquaque superiore specie sigillatim scripti sunt, ita explicatur, ut constet in iis eam iuris distinctionem probatam esse, quam posuimus.

XXVIII. Societas dicitur culpam recipere in *d. L. contractus. D. de reg. iur.* ubi cum culpa distinguatur a dolo, iam sæpe monui non aliam intelligi posse quam levem. Et tamen in *§. ult. Inst. de societ.* diserte scriptum est, socium non maiorem diligentiam adhibere debere rebus communibus, quam suis rebus solet: hac autem non adhibita, huius negligentiæ, id est culpæ quæ in non faciendo sit, nomine ita eum teneri, ut non maiorem præstet. Atqui non eamdem diligentiam adhibere alienis rebus fidei tuæ commissis culpa est lata, non levis. *L. quod Nerva. D. depos.* Ita quem prius dicebamus præstare debere socio culpam levem, eum nunc non nisi culpam latam præstare debere dicimus. Quæ si de eadem culpa dicuntur, apparet esse contraria. Quomodo igitur hæc explicamus? Dici hæc nimirum de diversis culpis, non de una & eadem: ac quod dicitur socium socio negligentiæ nomine non teneri nisi latæ, perspicuum est dici quidem de culpa, sed de ea quæ sit in non faciendo, ubi scilicet non fecit, quod eum pro diligentia debita præstare oportebat. Quod autem dicitur eum culpam levem præstare debere, sane verum esse; sed dictum accipiendum de culpa quæ si recte a negligentia distinguitur ea sit culpa, quæ sit in faciendo, ubi facto aliquo suo societati nocuit: quam quidem culpam omnem quanvis levem, atque adeo levissimam socius socio iure societatis præstabit. Idque ita declaratur in *L. de illo*, in pr. *D. de soc.* In hac specie. Socius admisit in societatem inconsultis sociis exterum quemdam. Is exterus admittenti soli socius est, cæteris socius non est. Sed tamen admissus tractavit res communes totius societatis, & damnum intulit societati, sive dolo sive imperitia, idque invito aut ignorante eo qui admisit. Negari non potest culpa admittentis factum esse, ut id damnom contingeret. Culpa tamen levi peccatum hic ab eo, non lata. Apparet ex eo, quod eadem imperitia peccavit in rebus suis, qui exterum admittens in res societatis communes, simul etiam admisit in suas. Quæ levis culpa esse dicitur in *L. mulier, §. quid enim, D. ad Treb.* Quæritur igitur, utrum in hac culpa sufficiat socium actionem tantum mandare sociis, ut si facere ille exterus non possit, nihil socius ultra sociis præstet: an vero indemnes eos præstare debeat. Et ait Ulpianus putare se omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit: quia difficile est, inquit, negare culpa ipsius admissum. Ergo hoc dicit Ulpianus, socium in hac specie culpæ nomine quam admisit, sociis teneri, & simul culpæ levis: quia hic non alia admissa est. Sed culpam dicit, ut apparet, quæ sit in faciendo, qua scilicet socius exterum admisit in societatem: quo admisso damni omnis quod ab illo datum est, facto suo caussam præbuit. Dicitur & dos similiter culpam recipere, & eam levem in *d. L. contractus, D. de reg. iur.* & si alibi nihil distinguitur, generali verbo omnem levem culpam contineri recte dixeris. Sed hoc sic explicat Paulus in *L. in rebus, D. de iur. dot.* ut in rebus dotalibus vir præstare debeat tam dolum, quam culpam; quia sua caussa dotem accipit: sed diligentiam eam, quam in suis rebus exhibet. Quibus verbis posterioribus significatur, nisi ea diligentia adhibita sit, mariti culpam esse quæ sit in non faciendo, seu in negligendo: quam eamdem in hac negligentia solam præstet. Ea autem est, ut dixi, culpa lata, non levis. *d. L. quod Nerva, depos.* Ita iisdem verbis ostendit Paulus culpam quæ in negligendo sit, solam præstari a marito latam, non levem. Sed idem prius culpam nominans, eamque ab ista diligentia, & per diligentiam a culpa quæ sit in negligendo distinguens, satis declarat se prius culpam intelligere, quæ sit in faciendo: de qua cum nihil distinguat, etiam hanc omnem quanvis levem præstandam esse intelligit. Finge ergo maritum in suis rebus negligentem ad suum modum adservasse res dotales; idest parum diligenter, atque ita furto sublatas. Etsi hæc culpa est, non casus; tamen non præstabit, quia culpa est in negligendo, & levis; qualem maritus in rebus dotalibus non præstat. At idem si quid fecit, quo facto læsit res dotales, aut minuit, veluti si atrociter cædendo vulneravit ser-

vos dotales, aut debilitavit; præstabit omnimodo, etiam si eadem sævitia & atrocitate utatur in rebus suis. *L. si constante*, §. *si maritus*, *D. sol. mat.* scilicet quia hæc culpa in faciendo est, quam illum præstare oportere dicimus, sive sit lata culpa, sive levis. De tutela idem traditum a veteribus. Etiam hæc, ut superiores contractus, culpam recipere dicitur, idque simpliciter in *d. L. contractus*, *de reg. iur.* Et si dubitamus, an de culpa levi id dictum sit, expressum est in *L. quidquid*, *C. arbit. tut.* Sed ut intelligamus culpam hic quoque dici levem quæ in faciendo sit, id sic explicat Ulpianus in *L.* 1. in princip. *D. de tut. & rat. dist.* *In omnibus*, inquit, *quæ fecit tutor*, *cum facere non deberet*, *item in iis quæ non fecit*, *rationem reddet hoc iudicio* (tutelæ) *præstando dolum & culpam*, *& quantam in suis rebus diligentiam.* In quo iisdem verbis utens, quibus prius in dote Paulus rem hanc extulerat, nimirum eamdem sententiam expressit: ut tutor præstet quidem culpam, & eam levem, sed eam quæ sit in faciendo, eam autem quæ est in negligendo, & qua diligentia necessaria omittitur, non præstet nisi latam; ubi scilicet non adhibuit rebus pupillaribus eam diligentiam, quam suis solet: quæ ut sola ab eo exigitur, ita hac non præstita, ut dixi, admittitur culpa lata, non levis. *d. L. quod Nerva*, *depo.* Ac ne dubitemus hanc esse sententiam: quemadmodum in *L. quidquid*, *C. arbit. tut.* traditur tutorem etiam ob culpam levem teneri: ita cum distinctius quæritur, ob quam culpam levem, etiamne eam quæ in negligendo sit, diserte scriptum est in *L. tutor qui repertorium*, 7. §. *competet*, *D. de adm. tut.* tutores solum latam negligentiam præstare debere. Eamdemque sententiam habet, quod traditur in *L.* 2. *C. arb. tut.* si nomina paternorum debitorum per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelæ esse cœperint, tutorem debere damnum præstare. Etsi enim Antoninus generaliter latam culpam nominat, ob quam solam illic tutorem teneri dicit: tamen cum id dicat nominatim in ea specie, cum tutor nomina non idonea fieri passus est non conveniendo, satis ipsa per se species nos admonet culpam latam ab eo dici, quæ sit in negligendo & omittendo. Quod de tutoribus dictum est, idem intelligendum est & de curatoribus; in quibus ut muneris necessitas est eadem, ita & in doli ac culpæ præstatione exæquantur in *L. quidquid*, *C. arb. tut.* Postremo & rerum communio, quæ sine societate contingit, puta inter plures coheredes, pluresve eiusdem rei legatarios, in eadem caussa cum superioribus contractibus habetur. Dicitur hæc quoque simpliciter culpam recipere, ut intelligamus levem, in *d. L. contractus*, *D. de reg. iur.* Sed & hoc sic Paulus explicat in *L. heredes*, §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Non tantum dolum, inquit, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres, non tamen diligentiam, qualem diligens paterfamilias, *sed talem*, *qualem in suis*. Quæ cum dicit, iam satis ostendi huiusmodi orationibus nihil aliud significari, quam culpam levem omnem præstari, sed solum quæ in faciendo sit: quæ autem sit in negligendo, hanc non præstari nisi latam: quia non adhibere eandem diligentiam rebus communibus, quam suis, quæ sola diligentia hic exigitur, lata sit culpa, non levis.

XXIX. Sed hæc distinctio culpæ in superioribus contractibus incidit in varias reprehensiones. Pugnat enim cum regula eorum contractuum, in quibus versatur utriusque contrahentis utilitas. Pugnat cum ea distinctione, qua distinguuntur contractus superiores a deposito. Pugnat adeo ipsa secum, dum unam partem levis culpæ admittit, & alteram quæ eiusdem generis est, reiicit. Quibus difficultatibus fortasse factum est, ut hic impediti vulgo interpretes totam hanc distinctionem superiorum aut non animadverterent, aut repudiarent. Certe ab illis non est usurpata: qua tamen non admissa, necesse est totam hanc tractationem incurrere in eas difficultates, quibus neque se, neque alios expedire possint. Quod & illis contigit. Sed distinctione ipsa in superioribus contractibus ex suis locis, & his non dubiis tam aperte constituta; alterum fieri potest, ut quæ obiiciuntur, non recte expediamus fortasse: alterum certe non potest, quin vera sit & certa ac veteribus cognita distinctio. Sed tamen & de obiectionibus ipsis superioribus securam esse iubebo, quas, ut spero, facile vitabit, ut intelligatur non solum esse constitutam a veteribus, sed etiam recte, & sine offensione aliorum locorum esse constitutam. Placet ergo in superioribus contractibus non maiorem diligentiam exigi a socio, marito, tutore, curatore, quam quantam suis rebus adhibent. Defendi hoc potest, dicet aliquis, in tutela & cura, in quibus non magis ulla utilitas gerentis versatur, quam in deposito depositarii. Et non maiorem diligentiam a depositario exigi constat,

ftat. *d. L. quod Nerva, depof.* In societate autem, dote, rerum communione defendi posse non videtur. Repugnant regula & exemplum eorum contractuum, in quibus utriusque contrahentis utilitas versatur: de quibus hoc servatur ut recipiant & dolum & culpam, & diligentiam, non qualem debitor suis rebus adhibet, sed qualem diligens paterfamilias solet suis adhibere. Traditum de pignore in *L. si cum venderet, §. ult.* & *L. ea igitur*, seq. *D. de pign. act.* de venditione in *L. 3. L. si vendita, D. de per. & comm. rei vend.* de locatione in *§. penult. Inst. de loc.* Iam vero societas & dos, & rerum communio sunt huius generis. In societate aperte omnium sociorum utilitas versatur propter lucri communionem, ad quam vocantur. In dote agitur utilitas mariti & uxoris. Mariti, qui dotem accipit, ut ea fruatur: uxoris, quæ per dotem consequitur, ut maritus onera matrimonii sustineat. *L. pro oneribus, C. de iur. dot.* De rerum communione nulla dubitatio est; ubi quod in res communes impenditur, quod inde percipitur, ad omnes pertinet, inter quos res est communis. Aut igitur superior definitio vera non est, aut eam in his quoque contractibus servari oportuit, societate, dote, rerum communione, quod eum contra statuamus, vitiose constitui fatendum est.

XXX. Sed & vera est communis notio superior, & non eo minus recte diversum statuitur in tribus his contractibus quos dixi. Sunt enim hi excepti, & merito excepti. Excipiendi ratio hæc, quod in his quominus debitor maiorem diligentiam præstare debeat rebus ad fidem suam pertinentibus, quam suis, aut defenditur voluntate creditoris, qui maiorem non exigit, aut rei gerendæ necessitate excusatur. Id autem in his sic accidit. In societate quisquis socium sibi adhibet, personam eius sequitur, & probat. Ideo enim adhibet, quia rebus gerendis accommodum iudicat, probans eius diligentiam & fidem: alioqui nec eum sibi adiungeret. Quare si assumptus est homo industrius in suis rebus, & diligens, satis consultum est societati; cum quidquid is socius non ad eum modum gesserit in rebus societatis, in eo lata culpa ab eo contrahatur, quam in omni contractu præstari debere constat. *L. quod Nerva, D. depof.* Sin is, qui adhibetur, idoneus non est: tamen qui adhibuit, nihil in eum inquirendo, & nihilominus ultro eum sequendo, talem probasse intelligitur, qualem secutus est, id est, idoneum. Quod cum initio fecerit, sero postea accusabit mores socii, quos eum eligendo semel probavit. Argum. in *L. si uxor.* in fin. *D. ad legem Iul. de adult.* præsertim eum si cœperint postea displicere, statim solvere possit societatem. Et hoc est, quod dicitur in *§. ult. Instit. de soc.* eum qui parem diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibique hoc imputare debere. Nempe ideo, quia eligendo tanquam idoneum probavit, cum in eum posset diligentius inquirere, & eius conditionem non sequi. Nec socius qui assumitur, societati se dando mutat hanc obligationem; quoniam dum & se socium adiungit, nihil de diligentia sua polliceri intelligitur amplius, quam ut præstet, quod potest, ut fieri solet inter fratres: habet autem in se societas ius quodammodo fraternitatis. *L. verum*, in princip. *D. pro. soc.* Hos si vere dicitur in societate, multo iustius locum habere debet in dote inter coniuges. Nam dos matrimonii caussa datur: proinde & societatis caussa. Est enim matrimonium societas inter coniuges omnium arctissima: in qua & maritus uxoris, & uxor mariti personam eligit, & probat in his omnibus, quæ ad matrimonium tum copulandum, tum retinendum pertinent: ut si altera minus sit idonea ad res tractandas, tamen tanquam idonea probetur ab altero coniuge. Nihil simile in cæteris contractibus, in quibus cum alio de re aliqua contrahimus: certe personam nequaquam probamus. Ut in emptione, exempli gratia, nemo dicet me eum a quo emi, pro idonea persona habere, eoque contentum esse ideo quia emi: cum constet me hic rem quæ mihi utilis est, spectare, non personam venditoris. Argumento est, quod quisquis esset venditor, eodem modo rem mihi necessariam essem empturus. Est quidem mandatum contractus eiusmodi, in quo qui mandat, eligit industriam personæ mandatarii: sed non ideo eam solam quæ in eo est, probat, aut ea contentus est: quia qui mandat quid gerendum, hoc ipso diligentiam ad gerendum necessariam exigit. Unde procurator id mandatum recipiendo, de ea ipsa diligentia polliceri videtur, ut supra diximus. In rerum communione fortuita quominus coheres coheredi maiorem diligentiam exhibere debeat, quam suis rebus solet, excusatur satis necessitate rei gerendæ. Quisquis enim rem cum alio communem habet; quoniam partes individuæ sunt, quarum una sine altera attingi non potest, ideo si partem suam gerere & hoc modo salvam habere vult, necesse habet totius rei curam & tra-

& tractationem suscipere. Hæc necessitas curæ alienarum partium suscipiendæ idonea defensio est, cur in ea administratione non amplius a coherede exigi debeat, quam potest: quæ & in hac re istius iuris reddita est a Paulo in *d. L. heredes*, §. *non tantum*, *famil. ercisc.* Idonea vero defensio ad omnia onera alicui imposita pertinens: in quibus placet semper parci ei cui onus incumbit, ne quid in eo amplius præstare cogatur, quam potest: dummodo ipse sibi id onus non imposuerit, & necessitatem alicuius rei faciendæ in eo sibi non accersiverit. *L. si fideiussor*, § 1. *D. qui satisd. cog. L.* 2. §. *si quis tamen*, *D. si quis caut.* Qua ratione præcipue & in tutoribus & curatoribus defendi oportet, quod placet & ipsos in tutela & cura non maiorem diligentiam præstare debere rebus minorum, quam suis præstant. Nam si utimur tantum hac ratione, quod in tutela nulla versetur utilitas debitoris, nihil dicimus proprium tutelæ, quo ea distinguatur a deposito: quam tamen constat distare in eo ipso de quo agitur, dum ita ius est, ut depositum culpam non recipiat, tutela recipiat. *d. L. contractus*, *D. de regul. iur.* Quocirca hæc sola idonea defensio relinquitur in tutela, ut cum admiserimus tutelam recipere culpam quæ in faciendo est: nihilominus recte dicatur diligentiam non maiorem a tutore exigi, quam suis rebus solet præstare, eoque nec alius negligentiæ nomine eum teneri, quam latæ, ne in munere necessario, quod sibi non imposuit, cogatur præstare amplius quam potest. Est autem tutela itemque cura munus publicum: proinde & necessarium, quod delatum detrectare sine iusta excusatione non licet. *Instit. de excusat. tut.* in princip. *L.* 1. in princip. *D. de admin. tut.* Constabit igitur iam hoc, etsi in societate, dote, rerum communione utilitas utriusque ex contrahentibus versatur; tamen recte in his non maiorem diligentiam exigi a debitore, quam quantam suis rebus præstare solet, quantumvis hoc fiat præter regulam communem contractuum eius generis, quod multo magis in tutela & cura recipiendum est.

XXXI. Sed hoc admisso incidit res in alteram reprehensionem. Isto enim modo dicent, nihil distabunt contractus superiores a deposito. Nam & in deposito eamdem diligentiam exigimus ab eo qui depositum accepit: quam si non præstat, dicimus eum peccare lata culpa, atque hanc eum non aliter quam dolum præstare debere. *L. quod Nerva*, *D. depos.* At distingui istos contractus constat, ut superiores dicantur levem culpam recipere: depositum non nisi latam. *L. contractus*, *D. de regul. iur. L.* 1. *C. depos.* Quare necesse erit alterutrum videri, aut superiores contractus non exigere solum eam diligentiam, quam debitor suis rebus adhibeat; aut depositum ab his in culpa præstanda non recte distingui. Sed hac obiectione moveri non oportet. Sane enim cum de diligentia quæritur, & propter diligentiam de culpa, quam diligentia non adhibita præstare oporteat, inter superiores contractus & depositum nihil interest. Unam diligentiam isti omnes pariter exigunt, quantam scilicet suis rebus quisque adhibet. Hac non adhibita eamdem culpam præstant, latam videlicet quæ sit in negligendo, & hanc solam, non etiam levem. Sed non eo minus verum est superiores contractus levem culpam recipere, depositum non nisi latam, atque hoc modo a prioribus distare. Recipiunt priores illi levem culpam: esto, non omnem, non eam quæ sit in negligendo, seu in necessaria diligentia omittenda: Recipiunt tamen, quia recipiunt eam quæ in faciendo est, ut ostendimus. At depositum ex his nullam, sed tantum dolum & latam culpam, sive culpa in negligendo sit, sive in faciendo. Fac depositarii heredem, qui & ipse depositi tenetur per imprudentiam fregisse rem depositam, dum putat hereditariam, aut eamdem pro sua vendidisse, vel donasse. Placet eum nihil horum præstare debere. *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *L.* 3. *D. depos* non sane quia non culpa eius factum sit; cum consultis rationibus defuncti, aut spatio aliquo interposito cognoscere potuerit rem alienam fuisse, & fuisse depositam: sed quia incogitantia hæc sit, & levis culpa, qualis in deposito non præstatur. Finge etiam eum qui depositum acceperat, dedisse rem depositam perferendam ad eum qui deposuerat: sed commisisse homini parum fideli, & non satis noto, cui & res aliquas suas commiserat; eum autem una cum rebus aufugisse, & nusquam apparere. Est hæc omnino culpa depositarii non obscura: debuerat enim prius inquirere, quis esset cui res committebat, & amissionis periculum temere non subire. Sed hæc culpa levis est, qua & ipse peccat in suis, ut hic apparuit. Dicemus hanc culpam eum non præstare, sed ea amissione liberari. *argum.* in *L. eum qui*, in fin. *D. com.* Quæ si ita sunt, utrumque recte dicitur, & in superioribus contractibus non maiorem diligentiam a debi-

a debitore exigi, quam quantam adhibet suis rebus, proinde nec in eo maiorem eum culpam præstare, quam latam: & præterea nihilominus eosdem contractus recte distingui a deposito; quia remota negligentia seu culpa quæ est in non faciendo, in qua isti contractus omnes inter se exæquantur, relinquitur culpa quæ est in faciendo; in qua superiores a deposito recte distinguuntur.

XXXII. Sed constituta ab aliis partibus hac sententia de culpa levi quæ in negligendo sit, in supra scriptis contractibus non præstanda; restat saltem tertia obiectio, quæ ex ipsa distinctione superiore culpæ ducitur. Dicimus enim in superioribus contractibus culpam levem, quæ in non faciendo sit, non præstari: at iidem admittimus præstari levem, quæ sit in faciendo. Cur hanc potius, quam illam? & an non hæc pugnant inter se, cum utraque culpa sive in faciendo est, sive in negligendo, pariter sit levis? Et pugnarent hæc inter se, cum utraque culpa sive in faciendo est, sive in negligendo, pariter sit levis, nisi hæ ipsæ culpæ quamvis genere ipso leves, specie tamen ita differrent, ut culpa quæ in faciendo est, multo esset gravior, minusque omnino ferenda, quam quæ levis est in non faciendo, negligendove. Est enim semper, quod ei qui quid male instituit, fecitve, quo rebus noceret, imputari possit, cur fecerit: quando quidem in eius potestate est rebus integris non facere; in potestate eius secum deliberare, num expediat facere quod instituit, & num quid ex eo sit periculi: ut iure culpa eius accusetur, si re non bene provisa ad faciendum quid processerit. *L. qui in alterius*, in fin. *D. de regul. iur.* At si quis quid non faciat dum peccat imperitia & consueta in suis rebus negligentia, multæ sunt caussæ cur ei non imputetur: sed excusetur potius. Nam primum fieri potest, ut is qui non fecit, ut erat imperitus etiam in su's, non putarit amplius faciendum quid, quam quod fecit ad rem custodiendam, vel tuendam. Frustra ab eo exigamus ut deliberet, quid faciendum sit; qui an aliquid faciendum esset, ignorarit. Præterea etsi quis sciat quid faciendum sit, tamen suscipere non audeat diffisus imperitiæ vel infirmitati suæ. Non improbabilis vero hæc excusatio est. Nam si culpa est affectare id, in quo scias imperitiam tuam aut infirmitatem alii periculosam futuram; *L. idem*, §. *D. ad leg. Aquil.* certe id non affectare, nisi alia res te ad diligentiam præstandam obliget, videri debet esse extra culpam, ubi de imperitia tua reformides. Recte autem ob supra scriptas caussas distingui hæc genera levis culpæ, ut factum quodvis ab eo qui fecit, præstari oporteat, neglectum omissumve non semper, declaratur evidenter lege Aquilia; quæ culpam in damno alii dato etiam levissimam coercens, *L. in lege*, *D. ad leg. Aquil.* non aliam tamen coercet, quam cum quis facto suo nocuit alteri iniuria. Cum autem negligentia quis rem alienam perire passus est, ea lege non tenetur; *L. si cuius* 13. §. *de præteritis*, illic, *denique*; *D. de usufr.* Præclare igitur tota hæc distinctio levis culpæ constituta est in his contractibus quinque, societate, dote, tutela, cura, rerum communione, ut hi recipiant quidem levem culpam, sed ea quæ in faciendo sit, non recipiant eam, quæ est in negligendo. Et quod idem est, non maiorem diligentiam exigant a debitore, quam quantam suis rebus adhibere solet; qua non adhibita teneatur quidem ob culpam; sed culpam latam, quæ in non faciendo sit, non levem.

XXXIII. His contractibus exceptis ex toto genere eorum, quos culpam recipere diximus, reliqui sunt nimirum omnes huius generis in ea caussa, & utramque culpam levem recipiant, tam eam qui in non faciendo est, quam eam quæ in faciendo. Esse autem, qui utramque recipiant, sic nostri declarant, dum dicunt esse, in quibus non solum culpa debeat præstari, sed & diligentia, seu custodia, ut in *L. si cum venderet*, §. *ult. D. de pig. act. L. cum res*. §. *pen. D. de leg.* 1. *L.* 2. *L.* 3 *D. de per. & com. rei vend. L. contractus*, *D. de reg. iur.* Diligentiæ enim verbo significant id, quod verbo continetur, diligentiam omnem videlicet, id est non eam tantum quam debitor adhibeat in suis rebus, sed quam soleat diligens paterfamilias præstare, ut hoc sic explicatur in *L. ea igitur*, *D. de pig. actio. L. si vendita*, *D. de per. & comm. rei vend.* proinde & exactiorem quam in suis rebus exhibeat, si alius diligentior potuit rem custodire. *L.* 3. *D. de peric. & commo. rei vend.* §. *item, is*, *Institution. quib. mod. re contr. obligat.* Quo rursum significant, si hæc diligentia adhibita non sit, eam omnem culpam præstari debere, etiam si is a quo ea diligentia exigitur in rebus alienis, eadem negligentia aut inscitia peccet in suis: quam constat culpam in negligendo levem esse; non latam. *d. L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Treb.* XXXIV.

XXXIV. Quibus ergo in contractibus istam diligentiam præstari volunt, & hac omissa negligentiam levem? Et si recte excepimus superiores quinque, apparet non præstari in omnibus, quos dicimus culpam levem recipere. Idque est, quod Ulpianus in *d. L. contractus, de reg. iur.* cum enumerasset plerosque contractus, quos dixerat dolum & culpam, eamque levem recipere, subiicit: *In his quidam & diligentiam*. Sic enim legendum est, non ut olim vulgaris lectio fuit, *In his quidem & diligentia*, ut subaudiatur, inest, vel præstatur. Non etiam ut est in Pandectis Florentinis, *In his quidem & diligentiam*, ut repetatur verbum recipiunt, quo initio usus erat Ulpianus. Nam prior illa vulgaris sententiam aperte falsam continet. Significat enim in his quos prius enumeraverat, etiam diligentiam venire, quod falsum est. Recensuerat enim inter alios societatem, dotem, tutelam, rerum communionem. In quibus ostendi diligentiam non maiorem venire, quam in deposito, id est non aliam, quam quantam debitor suis rebus adhibet. Florentina autem si sic accipitur, ut omnes contractus superiores diligentiam etiam recipiant: eodem modo falsa est; & præterea manifesto vitio orationis laborat, cum non recte dicatur: in his quidem hi ipsi & diligentiam recipiunt; cum simpliciter ita dici deberet, hi quidem & diligentiam recipiunt. Sin ita accipitur, ut non omnes contractus priores recipiant & diligentiam, sed aliqui, aut plerique; perspicuum est pro *quidem* legendum esse *quidam*, quo verbo ea sententia dilucide & sine ullo vitio orationis exprimitur.

XXXV. Quinam ergo sunt isti quidam qui & diligentiam recipiant, qualem hoc verbo significari ante diximus? Et si recte diximus ex universo genere eorum qui dicuntur culpam recipere, solos esse illos quinque, qui hanc diligentiam non præstent, societatem, dotem, tutelam, curam, rerum communionem: satis sua sponte intelligitur quod dixi, reliquos omnes huius generis esse in ea caussa, ut & culpam recipiant, quæ in faciendo est; & recipiant præterea diligentiam, qua non adhibita culpam etiam in negligendo levem præstent. Quod etsi ita per se satis certum est; tamen ne quis hic sit error, enumeratione & probatione generum fiet certius. Cum ergo dixerimus in contractibus hæc esse genera ut aut in his versetur utilitas solius creditoris, ut in deposito; aut solius debitoris, ut in commodato; aut utriusque, ut in emptione: de primo genere in quo debitor solum officii debitor est, ita ius est, ut quos contractus ex eo ordine supra diximus levem culpam recipere, iidem & diligentiam superiorem, id est exactam, & qualem diligentis patrisfamilias esse oportet, omnes recipiant: quo in numero sunt negotia gesta, mandatum, depositum cui quis se obtulit: de quibus diſſertis in locis testatum est: de negotiis gestis in *§. 1. Inst. de obl. quæ qua. ex cont.* de mandato in *L. a procuratore*, *L. in re*, *C. mand.* de deposito in *L. 1. §. sæpe*, *D. depos.* De mandato multa in contrariam sententiam trahere videntur: sed de his respondi in mandati præstationibus, ut & iam ante monui. In secundo genere est commodatum, quod quidem non commodantis caussa aperte comparatum sit. Excipitur enim precarium, & si quod est commodatum commodantis caussa. Et commodatum quod levem culpam recipit, idem præter cæteros contractus maxime diligentiam exigit. *L. 5. §. commodatum*, *§. quod vero*, *vers. custodiam*, *D. com.* Ex tertio genere qui sunt, omnes, & culpam & diligentiam recipiunt, exceptis societate, dote, rerum communione, de quibus ante diximus. Exemplo sunt pignus, emptio & venditio, locatio & conductio: in quibus & diligentiam exigi constat. *L. si cum venderet*, *§. ult. L. ea igitur*, *seq. D. de pig. act. L. 3. L. si vendita*, *D. de per. & com. rei. vend.* *§. pen. Inst. de loc. & cond.*

XXXVI. Hæc diligentia in his omnibus pariter & sine distinctione eadem exigitur: ut non maior exigatur in commodato, quam in iis in quibus utriusque utilitas versatur, atque adeo quam in iis, in quibus versatur solum utilitas creditoris, quos quidem antea posuimus diligentiam recipere. In commodato diligens custodia exigitur, *L. 5. §. quod vero*, *vers. custodiam*, *D. com.* id est diligentia diligentis patrisfamilias ad rem custodiendam necessaria. Hanc eamdem exigi videas in pignore, & in venditione, in *d. L. ea igitur*, *D. de pig. act. d. L. 3. L. si vendita*, *D. de per. & com. rei vend.* Atenim in commodato exigitur etiam tatis diligentia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ut est in *L. in rebus*, in pr. *D. com.* Ne nos hoc conturbet. Nam & in locatione nominatim ac totidem verbis eadem diligentia exigitur in *§. pen. Inst. de loc. & cond. L. si merces*, *§. qui columnam*, *D. loc.* Sed & in pignore, & in venditione quis dubitat eamdem exigi, cum dicitur in his venire & dolum & culpam,

item

item & custodiam ut in commodato? quod traditur in *d. L. si cum venderet*, *§. ult. de pig. act. d. L. 3 de per. & com. rei vend.* Quanqoam si in locatione talis diligentia exigitur, qualem diligentissimos paterfamilias suis rebus præstat; satis argumenti est eamdem & a venditore præstari debere: quoniam emptio & venditio, itemque locatio & conductio iisdem regulis iuris continentur. *L. 2. D. de loc. & cond.* Quinimo eadem ista exigitur & in negotiorum administratione in *§. 1. Inst. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* exigitur enim illic exactissima diligentia ab eo, qui negotia aliena gerenda suscepit: Est autem exactissima, cui nihil addi potest: atque eadem est diligentissima. Quæ sane eam vim habent, non ut propter diversa putemus hic statui sententias contrarias: sed contra ut sententiis veris positis, quæ sunt fere ab eodem auctore Caio, intelligamus in usu veterum & iuris inter diligentem & diligentissimum nihil interesse, ut supra in explicatione generum culpæ pluribus ostendimus. Unum solum animadverto, quod amplius præstandum sit io commodato, quam in cæteris, in quibus & diligentia exigitur, quod si in incendio, aut naufragio, aut incursu hostium, is cui res commodatæ sunt, eo angustiarum redactus sit, ut non possit servare nisi aut commodatas, aut suas: placet eum potius servare debere res commodatas: proinde si suas prætulit, cum posset res commodatas salvas facere, eo nomine teneri. Quod genus præstationis positum est in *L. 5. §. quod vero, D. commod.* alibi in cæteris contractibus hoc geous culpæ præstari non legimus.

XXXVII. Quæ de hac præstatione tota culpæ diximus in cootractibus superioribus bonæ fidei, placet pertioere ad omnes contractus superioribus similes, quaovis in certum aliquod genus eorum ooo cadant: servata tameo hac distinctione, quæ & ipsa nisi quid iustis de caussis exceptum esset, per omnia servaretur: ut si forte aliquid tibi dedi inspiciendum, vel aliter tractandum ea lege, ut redderes; si quidem mea caussa tantum, tu dolum solum præstes, ut in deposito; si mea & tua, præstes & culpam & diligentiam, ut in emptione, & conductione: si tua tantum, eadem & hic præstes, ac multo quidem magis: hoc amplius illud etiam accedat, ut si dum rem a me acceptam salvam facere potuisti: tu tuas prætuleris, ut fit in commodato, tenearis eo nomine. Extant exempla una cum hac ipsa distioctione in *L. eum qui. §. 1. D. commod. L. si gratuitam, §. 1. §. Papinianus, D. de præs. verb.*

XXXVIII. Illud præcipue in hoc genere similium contractuum est, quod placet eodem exemplo legata & fideicommissa ad eamdem distinctionem & regulam revocari. De quo genere ita scribit Africanus in *L. si servus, 108 §. cum quid, D.* de legat. 1. *Cum quid tibi legatum fideive tuæ commissum est, ut mihi restituas; si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato: alioquin etiam culpam te mihi præstare debere. Sicut*, inquit, *in contractibus bonæ fidei servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur.* Qua ratione cum de legato ab herede præstando agitur, scriptum est ab Ulpiano sine ulla distinctione in *L. cum res, §. penult. D. de leg. 1.* culpam in eo præstandam ab herede, & quidem levem. Neque hanc solum, sed & diligentiam ab eo exigendam. Quippe heres præstito legato semper habiturus est amplius aliquid, quod capiat ex testamento. Atque hoc eo diligentius notandum est in legato, quod nonnulla sunt, quæ videantur huic præstationi culpæ in legato adversari. Primum illud, quod defenditur hæc præstatio ea ratione, quasi in legato versetur utriusque utilitas tam heredis, quam legatarii. *d. L. si servus, §. cum quid, de leg. 1.* quod prima fronte falsum esse videtur. Nam in eo quod totum legatarii caussa comparatum est, qoæ potest videri utilitas esse heredis? Sed illud adversarium magis, quod in fideicommisso hereditatis aliud placuit. Nam si scriptus heres rogatus sit restituere hereditatem, & vel servi decesserint, vel aliæ res perierint: item si cum distrahere deberet, non fecerit: scriptum est in *L. mulier. §. sed enim.* nihil eum in his omnibus præstare debere, nisi culpam latam; non autem culpam levem, & consuetam in suis rebus negligentiam. Cur potius heres culpam & diligentiam præstet in fideicommisso rerum singularum, quam in fideicommisso hereditatis, si eius utilitas in restitutione fideicommissi non versatur? aut si versatur pariter in utroque, cur non eadem & par io utroque culpæ præstatio est? De quibus breviter respondeo, ac primum de utilitate quæ in præstatione legati versatur. Legatum & fideicommissum si per se spectetur, sane fatendum est in eo quod præstatur, solum commodum legatarii versari, nullum heredis. Sed in legato spectare oportet totam

tam voluntatem defuncti. Is vero ita legat ab herede, ut pro legato eum hereditatem accipere iubeat, nec heredem unquam instituerer eum, nisi id ageret, ut ipse quoque legata a se relicta præstaret. Hanc voluntatem si spectamus, eam ratam esse in legato utriusque aperte interest, legatarii qui legatam accipit; heredis, qui voluntatem defuncti in hac re agnoscendo consequitur, ut secundum voluntatem defuncti obtineat hereditatem. Non dubium vero est, quin etiam in restitutione fideicommissæ hereditatis similiter versetur utriusque utilitas, heredis, & fideicommissarii. Nam & hic ut fideicommissarius ex restitutione hereditatem accipit, ita pro ea restitutione quartam retinet ex Trebelliano. Sed hoc interest inter legatum rerum singularum, & fideicommissum hereditatis, quod ex legato non incidit heres in communionem cum legatario, si cui forte res aliqua solida legata sit. Hereditate autem per fideicommissum relicta, incidit in communionem rerum hereditariarum eum fideicommissario pro quarta parte hereditatis, quam retinet. Hæc communio rem revocat ad legem & regulam communionis rerum, de qua supra diximus, ut in ea coheres coheredi non maiorem diligentiam præstare debeat in rebus communibus, quam quantam suis adhibet: *L. heredes*, *§. non tantum*, *D. de fa. erc.* eoque nec culpam in negligendo maiorem, quam latam: quia superiore diligentia non adhibita admittatur culpa lata, non levis. Eamdem communionem dederimus in legatis inter heredem & legatarium. Eamdem quoque legem præstationis in herede admittemus, qui propter suam partem incipit caussam habere gerendi, ut est in *d. L. heredes*, *§. non tantum*.

C A P. VIII.

Quæ obligationes actionesve tempore finiantur: seu De perpetuis & temporalibus actionibus.

Transitio. I.
Tempore finitur obligatio, quæ ad tempus constituitur aut contrahentium voluntate, aut lege. II.
Voluntate *privatorum ita constituta quomodo finiatur tempore; & cur modus hic non huius loci proprius*. III.
Lege *talis constituitur vel ab initio, vel postea; prioris generis actiones appellari temporales; alias postea termino præfinitas etiamnum diei perpetuas*. IV.
Quare de utrisque licet hic propria tractatio de temporalibus. V.
Perpetuæ actiones eæ, quæ rei persecutionem continent. VI.
Excipiuntur Pauliana, Redhibitoria, actio quanti minoris. VII.
Cur non etiam Calvisiana. VIII.
Temporales eæ, quæ pœnæ persecutionem habent; si civiles quatuor, & unam prætoriam excipias: & quæ una hæc, & illæ quatuor. IX.
Pœnales actiones esse, quæ aut pœnam dumtaxat persequuntur, aut præterea amplius aliquid. X.
Amplius *hoc duplex*; *& quale utrumque*. XI.
Actiones vere pœnales quot sint. XII.
Quid præcipuum habeat quæ est adversus mensorem actio. XIII.
Actiones temporales aut sex mensium intervallo, aut anno, vel biennio præfiniri; quæ sint tales. XIV.
Perpetuæ, ut nunc in iure vocantur, aut centeno, aut quadrageno, aut tricenario spatio definiuntur. XV.
Quorum bono triplex hæc temporum distinctio in perpetuis actionibus. XVI. XV.
Tempus in perpetuis continuum; utile *in temporalibus*. XVII.
A quo die tempus actionis cedat. XVIII.
Item dies quo finitur, an completus, an ceptus; & quid hac ex parte actio in personam ab illa quæ est in rem *differat*. XIX. XX.
Temporalis actio iure ipso finitur; perpetua nonnisi præscriptione opposita summovetur. XXI.
Unus ab altero finiendæ obligationis, seu actionis modo quid differt. XXII.
Actio sive perpetua, sive temporalis non finitur, si legitimi temporis cursus interrumpatur; quibus modis hoc fiat. XXIII.

I. AC quibus modis sua sponte tollatur obligatio mutatione status, quibus item amissione omnique periculo rei debitæ huc usque dictum est. In quo posterio-

riore cum ius variaretur, prout id periculum contingit aut debitoris dolo, aut culpa, aut casu fortuito: ideo necesse fuit de his distincte & singillatim dicere, ut intelligeretur, quid in his prodesset debitori ad liberationem, quid non prodesset. Idque ita a me factum est: in quem locum superior tractatio hactenus desiit. Restat tertium genus propositum, quo item tollitur sua sponte obligatio, dum ita tollitur, ut tempore sua sponte finiatur.

II. Tempore finitur obligatio & actio, quæ ad certum tempus constituta, post id tempus esse desinit. Constituitur obligatio ad tempus aut voluntate privata eorum a quibus obligatio est, aut lege ipsa actionem constituente.

III. Voluntate privata, cum promittitur aut legatur quid præstandum sæpius, sed usque ad certum tempus: veluti si ita stipuler, decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? aut centum annua, menstruave usque ad decem annos, vel usque ad centesimas calendas. Aut si testator ita leget, decem Titio singulis annis dari volo donec ad vicesimum annum pervenerit. De hac omni temporis adiectione non tantum in contractibus, sed etiam in legatis ita ius est, nihil ad tempus deberi posse ex utraque caussa, sed obligationem isto modo ad tempus constitutam iure nihilominus esse perpetuam, & quod hinc debetur, etiam post tempus iure peti posse. *L. obligationum fere*, vers. *placet*. *D. de obligat. & act. L. nemo*, *D. de leg. 1.* Nec quem moveat, quod edicto generali prætoris cautum est conventiones esse servandas. *L. iurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Hactenus enim eo ipso edicto servandæ sunt, dum ne sint contra ius. At contra ius est obligationem consensu non contractam, aut non contractam solo consensu, sola pactione dissolvi, ut postea suo loco dicetur. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. iur.* Et hoc est, quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit debere: in quibus non est hæc [1] pactio, ne deberi recte cœptum post tempus debeatur amplius: quæ Pauli ratio est in *d. L. obligationum*, vers. *placet*, *de obligat. & act.* Sed de omni hac temporis adiectione ita scribunt veteres, ut cum falsi sunt eam ipso iure non valere: ubique adiiciant eam defendi per pacti vel doli exceptionem. Si quis enim contra placitum post tempus petat, hac exceptione summoveri. *d. L. obligationum fere*, *de obligat. & action.* §. *at si ita*. *Institut. de verb. oblig. L. eum qui*, 56. §. *qui ita stipulatur*, *decem*, *D. de verb. obligat.* Sumptum ex eodem edicto videlicet, quo efficitur omnem pactionem quamvis nudam, si ad nihil aliud, saltem ad exceptionem prodesse. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact. L. bonæ*, *C. eod.* Ita fit, ut hac quoque adiectione temporis quamvis non finiatur obligatio ipso iure, tamen vi ipsa idem prope consequatur; cum nihil intersit, utrum actionem quis non habeat, an actio per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Sed hic modus finiendæ obligationis non est proprie huius loci; non solum quia nunc persequimur eos modos, quibus iure ipso tollitur obligatio: sed multo magis, quod per istam adiectionem temporis non finitur obligatio tempore, sed conventione aut iudicio defuncti: aut si tempore, certe non sua sponte, & invitis his quibus obligatio constituitur; de quo genere nunc agimus, sed maxime eorum opera & facto, quia ipsorum conventione & voluntate: quod potius ad sequens genus pertinet, qua parte de consensu ad dissolvendam obligationem utili agetur.

IV. Tunc solum proprie sua sponte finitur obligatio tempore, cum tempus obligationi & actioni præstitutum est ipsa lege, atque id deinde præteriit. Constituitur isto modo tempus lege dupliciter. Aut enim actio ab initio intra certum tempus lege datur, ab initio; ut fit in iis, quæ edictis prætorum nominatim [2] dantur intra annum: aut actio ab initio primis legibus proposita, postea certum tempus & certum finem aliis constitutionibus accepit: ut accidit in iis actionibus, quæ primo sine præfinitione temporis propositæ, eoque & perpetuo; postea constitutionibus conclusæ sunt intra triginta annos. *L. sicut*, *C. de præs. trig. vel quadrag. an.* Quæ intra certum tempus nominatim lege propositæ sunt, eæ in usu iuris dicuntur temporales, quæ, ut postea dicetur, post tempus constitutum ipso iure finiuntur. Quæ autem ab initio simpliciter propositæ sunt legibus aut edictis prætorum, eæ dicuntur perpetuæ. Et fuerunt quidem vero tales ab initio, ut quæ nullo tempore excluderentur. Nunc autem intra tempus triginta aut quadraginta annorum conclusæ proprie tales dici non possunt:

sed

[1] Hopper. *Lib. 2. veclarin pag.* 35. Tempus non est modus tollendæ obligationis, quia sicuti quæ iuris sunt, ex. gr. postliminium, non restituunt ea quæ facti ex. gr. possessionem: sic contra quæ facti, ut tempus, non pertinent ad corrumpenda ea quæ iuris, ut est obligatio, vid. & Gutierez *ad L.* 55 *de Leg.* 1. *n.* 190. *& seqq.*

[2] Annua enim erant edicta Prætorum, A. Gentil. *de diu. temp. appel.* C. 9. ut & Senatus decreta, lo. Sar. Zamosc. *Lib.* 2. *de Senatu pag.* 169.

sed tamen & nunc vetus nomen retinuerunt, sive quod in eo originem spectamus, sive quod tam longum tempus his præfinitum est posterioribus legibus, ut etiam nunc perpetuæ videri possint. Quid, quod etiam nunc iure ipso vere sunt perpetuæ? Sic enim his post triginta annos agi efficaciter non potest, ut tamen iure ipso durent, tantumque exceptione & præscriptione temporis summoveantur, de quo postea.

V. Atque hinc Titulus Institutionum *De perpetuis & temporalibus actionibus* cui parti hic proprie locum esse fatendum est; postquam hic finis temporis ad liberationem debitoris, & obligationis solutionem pertinet. Etsi autem in perpetuis istis finitur tantum actio per exceptionem, ac de his modis, quibus debitor per exceptionem liberatur, nunc non agimus: tamen quia coniuncta harum actionum ita tractatio est, ut neque perpetuæ ex temporalibus, neque temporales nisi ex perpetuis satis intelligi possint; quia præterea ambæ species tempus pariter lege constitutum habent, quo & ipso finitur obligatio: cogimur rerum ipsarum coniunctione de utraque specie coniunctim hoc loco dicere; & quærere, non solum quæ sint, sed etiam quam obligationis liberationem secum afferant.

VI. Quæ temporales actiones sint, quæ perpetuæ, & quid in harum tempore, quid in potestate finiendæ obligationis servandum sit, ex singulis actionibus de unaquaque specie propositis agnosci potest. Sed hoc in singulis quærere, infinitum est, & ad cognoscendam cuiusque præfinitionis caussam inutile, & si qua in hac re definitio certa universi generis esse potest, supervacuum. Ideo utile est, in promptu habere regulam, si qua esse potest, qua in hac re utamur ad universi generis præceptionem. Et vero observata est a veteribus, & aliqua ex parte indicata in *L. in honorariis, de obligat. & act.* Hac, quam expeditissime fieri poterit, ad omnes indicandas nunc utemur. Omnes actiones aut rei persecutionem continent, aut pœnæ. Rei persecutionem eæ quibus persequimur id solum quod nobis ex patrimonio abest. Pœnæ persecutionem eæ quibus aut solum persequimur, quod nobis non abest, aut quod nobis quidem abest, sed cum eo etiam aliquid amplius. *d. L. in honorariis, de obl. & act.* Hæ in singulis generibus contractuum & maleficiorum quæ sint, indicatur in §. *sequens*, & deinceps, *Institution. de action.* ubi de hoc genere scripsimus. Quæ rei persecutionem continent, perpetuæ sunt: id est legibus aut edictis prætorum ita initio propositæ, ut proponerentur simpliciter, non intra certum aliquod tempus. Idque ita esse sic certo colligimus. Necesse est enim, cuiuscunque generis sit hæc actio, ea sit aut civilis, aut prætoria. §. 1. *Institution. de obligat.* Atqui de civilibus generaliter traditur has esse perpetuas, sive sint rei persequendæ caussa comparatæ, sive pœnæ. *Institution. de perp. & temp. act.* in princip.

VII. In hoc genere tres exceptæ, Pauliana, redhibitoria, actio quanto minoris res valuit, quam vendita est. Pauliana est, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur. *L. videamus*, 38. §. *in Faviana*, *D. de usur.* proinde ad persequendum quod creditoribus abest. Ea tamen prætoris edicto nominatim datur intra annum. *L. 1. D. quæ in fraud. credit.* quia scilicet competit ad rescindendam venditionem a domino factam, quæ iure civili valuit. Redhibitoria proposita est edicto Ædilium, ut sive quid morbosum vitiosumve venditum sit, sive quod dictum promissumve est, non præstetur, res vendita redhibeatur, id est reddatur, atque ita recipiatur interdum solum quod emptori abest. *L. 1. L. quod si nolit*, §. *in factum*, *L. redhibitoria*, *D. de ædil. ed.* Datur autem ex supra scriptis caussis intra sex menses. *L. sciendum*, §. *ult. D. eod.* Ex una caussa intra sexaginta dies; si quid scilicet ita venierit, ut nisi placeret, redhiberetur, & de tempore intra quod displiceret, non convenerit. *L. quod si nolit*, §. *si quid ita*, *D. eod.* Actio quanto minoris competit ex iisdem caussis, si quis quanto minoris res valuerunt, quam emptæ sunt, agere malit, quam eas exhibere, & pretium omne recipere. At hæc eodem edicto proposita est intra annum. *d. L. sciendum*, §. *ultim. L. 2. C. de ædil. action.* Utraque hæc ideo intra tempus supra scriptum, quia apparet actiones esse constitutas ad rescindendam venditionem, quæ ex consensu iure valuit.

VIII. Conveniebat huic rationi, ut Calvisiana actio etiam anno finiretur. Est enim Calvisiana, quæ competit patrono ad revocanda ea, quæ in fraudem eius alienata sunt, quæ eadem dicitur Faviana. *L. 1. §. utrum*, §. *si pluribus*, *D. si quid in fraud. patron.* ut appareat propositam ad rescindendam venditionem quæ iure valuit, similiter ut Paulianam. Placuit tamen hanc præter regulam superiorem in perpetuum dari, & ita ad regu-

lam

iam communem pertinere earum, quæ rei persecutionem continent. *L. 3. §. hæc actio, D. si quid in fraudem patr.* Ulpianus quidem in *d. §. hæc actio.* huius iuris hanc rationem reddit; quia habeat ea actio rei persecutionem. Et est sane ea ratio eiusmodi, ut sine ea non daretur actio perpetuo. Sed per se sola ad id efficiendum non sufficit, ne erremus: alioqui idem dicendum foret de Pauliana, redhibitoria, quanto minoris: quæ & ipsæ rei persecutionem habent: temporales sunt tamen, ut modo diximus. Adde igitur & alteram rationem ductam ex persona patroni: quod Calvisiana actio ita rei persecutionem contineat, ut detur etiam patrono earum rerum revocandarum nomine, quæ quodammodo ad ius patroni pertinent. Datur enim legitimæ portionis patroni tuendæ caussa, quæ illi in bonis liberti iure ita debetur, ut sit quodammodo eius propria. *L. 1.* in princip. *D. si quid in fraud. patr.*

IX. Quæ actiones pœnæ persecutionem habent, hæ una definitione non continentur, cum quæritur, an sint temporales. Refert, utrum civiles sint, an perpetuæ. Civiles quamvis pœnales generali definitione sunt perpetuæ. Extat definitio *Institution. de perp. & temp. action.* in pr. Civiles autem vocamus quæ sunt ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, & aliis partibus iuris excepto iure prætorio. *Ibidem*, & *L. ius autem civile, D. de iust. & iur.* Sed hoc adhuc incertius: quæ enim sint ex superioribus partibus, & quot sint, dubitari potest. Id ergo ut sciamus, enumeratione earum consequemur. Et actiones pœnales partim legibus, partim constitutionibus propositas, eoque & civiles quatuor esse animadverto: Actionem de damno iniuria dato, propositam lege Aquilia. *L. 1. D. ad leg. Aquil.* Actionem iniuriarum ex his tribus caussis, quod quis pulsatus verberatusve, domusve eius vi introita sit; quibus ex caussis lex Cornelia actionem dedit. *L. lex Cornelia, D. de iniur.* Item actionem repetundarum, quæ proposita est lege Iulia repetundarum. *L. 1.* & toto tit. *D. ad leg. Iul. rep.* In qua tamen hac in re recessum est a regula communi civilium actionum, quod cum lege Iulia superior actio constituta sit etiam in heredem: tamen placuit ea lege ita dari, ut esset dumtaxat intra annum a morte eius qui arguebatur. *L. 2. D. de leg. Iul. rep.* Et has quidem ex legibus. Una est ex constitutione Iustiniani de legatis & fideicommissis, quæ relicta venerabilibus locis religionis caussa differuntur eo usque, donec is a quo relicta sunt, eo nomine in ius vocetur. Adversus quam moram constituta est actio in duplum. *§. vi autem, Institution. de action.* Ita hactenus pœnalis. Sed quia est ex constitutionibus; Ideo civilem esse, non prætoriam, eoque & perpetuam ex superiore definitione intelligimus. Quæ reliquæ sunt pœnales, omnes sunt prætoriæ. Ex quibus una est perpetua, actio furti manifesti: cæteræ sunt temporales, intra annum olim omnes propositæ. *Institutio. de per. & tem. act. L. in honorariis, D. de per. & temp. act* nunc ita omnes, ut sit excepta de dolo actio, quæ intra biennium continuum competit. *L. ult. C. de dol.* Ex his si summam & numerum harum actionum complecti volumus, licet videre, quæ sint & quot sint utriusque generis. Sunt igitur temporales numero hæ: Ex iis quæ rei persecutionem continent tres illæ, Pauliana, redhibitoria, quanto minoris. Ex pœnalibus omnes, exceptis illis civilibus quatuor, quas paulo ante indicavi: item actione furti manifesti, quæ est prætoria. Cæteræ omnes sunt perpetuæ: quo in numero sunt omnes quæ rei persecutionem continent, exceptis tribus illis. Pauliana, redhibitoria, quanto minoris: item pœnales illæ quinque superiores, ex quibus civiles quatuor, una prætoria.

X. Sed in hac distinctione diligenter animadvertendum est, quas dicamus rei persecutionem continere, quas persecutionem pœnæ. In quo facile est labi ex verbis definitionis eius, quæ est de hoc genere in *d. L. in honorariis, D. de obl. & act.* proinde definitio explicationis indiget. Illic Paulus ita definit, illas rei persecutionem continere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest. Recta definitio, dum hoc sic accipiamus, quibus persequimur solum id quod ex patrimonio abest. Quod si quid persequamur amplius, etiam si maxime persequamur id ipsum, quod abest, pœnalis tamen erit actio, non rei persecutoria. Sciendum est enim duo genera esse earum, quæ pœnæ persecutionem habent, quas eisdem vocamus pœnales. Quædam sunt, quibus tantum persequimur id quod nobis non abest, idest uno verbo solum pœnam: ut sunt actiones furti manifesti, & nec manifesti. *§. ex maleficiis. Instit. de action.* Quædam, quibus persequimur etiam quod nobis abest, sed aliquid amplius quod non abest: quæ dicuntur apud Iustinianum mistæ, tam pœnæ, quam rei persequendæ caussa comparatæ. *d. §. ex maleficiis.*

XI.

XI. Atque hoc etiam genus duplex est. Est enim aliquid amplius in pecunia, quam persequimur: est aliquid amplius in dedecore, & maleficii vindicta. Amplius in pecunia, ut cum pro simplo quod nobis abest, persequimur duplum, triplum, aut quadruplum ita, ut in his simplum insit: aut pro damno quod nobis datum est, persequimur id omne quod amplius fuit præcedentibus diebus; ut fit in lege Aquilia: cuius generis solius exempla proponuntur inter missas in *d. §. ex maleficiis*, & §. seq. Amplius in dedecore & vindicta maleficii esse intelligimus, cum actio proposita est edicto prætoris adversus aliquem solum ex dolo eius, sive quid inde ad eum pervenerit, sive non pervenerit. Ac de eo genere tenenda hæc regula quæ indicatur ab Ulpiano in *L. huius, D. quod fal. tut. auct.* quoties actio in dolum concepta est, & factum ita punit, ut sit adversus eum qui deliquit, actio, sive quid ad eum pervenerit, sive nihil: hanc pœnalem esse: ideo nec in heredem dari, nec in ipsum auctorem ultra annum. Dicitur autem in dolum concepta, quæ ex eo solum datur, quod quid dolo malo factum est: ut hic actio ex dolo solo descendat, non etiam ex contractu: qualis est actio de dolo. Nam quæ ex contractu est & negotio gesto, quanvis in eo dolus versetur, tamen rei persecutionem habet, & est perpetua, eademque datur in heredem. *L. si hominem, §. 1. D. dep. L. ex contractibus, D. de obligat. & action.* Sed etsi ex maleficio erit, nec detur nisi adversus eum, qui aliquid dolo malo fecerit: si tamen erit de eo solum quod ad eum pervenit: similiter non erit pœnalis. Non enim factum punit; quod alterum exigit Ulpianus: & ideo non punit, quia repetit tantum, quod ad eum cum quo agitur, pervenit, cuiusmodi sunt actio rerum amotarum, & condictio furtiva. Quod si utrumque concurrer, ut nascatur solum ex dolo, sitque adversus eum ad quem etiam nihil pervenit, Ulpiani definitio est hanc esse pœnalem.

XII. Quod & multis exemplis confirmatur. Hinc enim actio de dolo pœnalis, ut nec detur in heredem, nec in eum qui dolum admisit, ultra annum. *L. in heredem, & LL. seqq. D. de dol.* In eadem caussa hæ, quæ ob dolum solum dantur, etsi sint actiones in factum, non de dolo. Actio adversus falsum tutorem, qui auctor factus est. *d. l. huius, D. quod fal. tut. auct. gest.* Actio adversus eum, qui dolo fecit, quominus quis iudicio sisteret. *L. 1. §. ult. D. de eo per quem fact. erit.* Actio adversus eum, qui vim fecit, quominus in possessionem veniret, qui in possessionem missus est: *L. 1. §. ult. D. ne vis fiat ei, qui in poss. mis. est.* Actio adversus eum, qui rem alienavit iudicii mutandi caussa. *L. 5. in fin. L. 6. L. 7. D. de alien. iudic. mutand. caus. fact.* Actio de peculio quatenus de eo est, quod dominus aut pater dolo fecit, quominus in peculio esset. *L. quæsitam, §. ult. D. de pecul.* Actio tributoria, quæ ita comparata est, ut sit in eum solum, cuius dolo malo factum est, quominus merx peculiaris ita tribueretur, uti edicto cautum est. *L. illud, §. 1. D. de trib.* Inde est, quod in ead. *L. illud, §. ult.* dicitur hæc actio & perpetuo & in heredem dari: sed de eo dumtaxat, quod ad eum pervenit: ut intelligamus extra id quod pervenit, neque ultra annum, neque in heredem dari, ex regula superiore. Nam de eo quod pervenit, ideo utrumque contra est, *quia* ut subiicitur in *L. quia seq. D. de trib. non de dolo est,* intellige hactenus, *sed rei persecutionem continet.* Optima ratio, & proposito valde conveniens secus quam putavit Accursius; quia & actio de dolo, quæ de eo est quod ad eum pervenit, non minus perpetua est, nec magis in heredem datur; *L. in heredem, & LL. seqq. D. de dol.* non alia de caussa utrumque admittit, quam quod eatenus non datur tanquam ex dolo, sed ideo quia rei persecutionem continet. *L. itaque,* in fin. *L. Sabinus, seq. D. de dol.* Id autem in tributoria ita interpretandum esse, ut dixi, ut extra id quod pervenit nec detur in heredem, nec sit perpetua, scire licet ex *d. L. quæsitum, §. ult. D. de pecul.* Cur ergo huiusmodi actiones pœnales habentur, cum persequantur id quod agenti abest, & in summa quæ abest, hanc solam, nihil autem amplius? Quia præter hanc persequuntur nihilominus, quod sit amplius: pœnam delicti videlicet, qua fit, ut Ulpianus loquitur, ut factum etiam puniant. *d. L. huius, quod fal. tut. auct.* Hæc autem pœna duplex est. Una dedecus & infamia, quæ parata est ei, qui ob id solum tenetur & damnatur, quod dolum admisit. Actio quidem de dolo iure certo famosa est. *L. 1. §. ait, D. de dol. L. 1. D. de his qui not. inf.* Cæteræ autem superiores in factum tantum, quæ non ita infamiam irrogant damnato. Sed non minus ex his damnatio secuta infamiam adiunctam habet. Recte enim Iubentius, *licet verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa opi-*

nio-

nione hominum non effugiunt infamiæ notam. L. 2. D. de obs. par. & patron. præf. Altera pœna est in eo, quod qui supra scriptis actionibus tenetur, ita tenetur etsi nihil ad eum pervenerit. In quo inest haud dubie pœna, cum actio ex maleficio est. Quod de actionibus in dolum conceptis supra diximus, idem & de interdictis unde vi & quod vi aut clam intelligendum est. Comparantur enim hæc cum actione de dolo in *L. 2. L. licet, D. de obs. par. & pat. præf.* Et recte comparantur; quoniam in vi & in eo quod clam fit, dolus est: ex quo damnatus in eamdem infamiam incidit, pariterque illam pœnam subit, ut non minus teneatur, etsi nihil ad eum pervenerit. Et hoc in interdicto unde vi ita constitui videmus. Nam cum is qui deiectus est, sæpe persequatur hoc interdicto possessionem sibi ablatam, item res suas quæ ibi fuerunt, cum deiiceretur; quo nomine & interdictum propositum est; *L. 1. D. unde vi.* Tamen quia persequitur ex maleficio, & persequitur ab eo etiam ad quem res non pervenerunt, placuit intra annum tantum dari, nec dari in heredes, nisi de eo quod pervenit *L. 1. §. annus, § ult. D. unde vi.* Idem & de interdicto quod vi aut clam, placuit eadem de caussa, in *L. semper, §. hoc interdictum, D. quod vi aut clam.*

XIII. Una actio in hoc genere præcipua animadversione indiget, ea quæ datur adversus mensorem. Et hæc ob solum dolum mensoris in eum datur. *L. 1. §. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* Quam ob caussam etiam tanquam quæ ex superiore definitione sit pœnalis, placet in heredem non dari, *L. 3. §. pen. D. eod.* Quæ si rei persecutionem contineret, & heredibus daretur, & in heredes. *L. si pro fure, §. ult. D. de condiction. furtiv. L. quia, D. de trib.* Et tamen in *L. 4. eod.* eadem dicitur esse perpetua, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem acceperit. Quod nihil aliud est, quam hactenus non esse pœnalem: quia alioqui non daretur ultra annum. *L. in honorariis, de obligat. & action.* Ex quo apparet hoc dici, hanc actionem adversus heredem existimari pœnalem; adversus mensorem autem rei persecutionem continere. Cur ergo in heredem existimetur pœnalis esse, quæ adversus defunctum non est pœnalis? Quia cum agitur cum defuncto, ambigi potest, sitne actio ex negotio ab eo suscepto, an vero ex dolo. A circumscriptione esse quis dixerit; quia non aliter datur in mensorem, quam si quid dolo fecerit, *d. L. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dix.* Rursum dixeris esse potius a negotio suscepto, quia circumscriptio secuta a suscepto negotio originem accepit, ut est in *d. L. 4. eod. tit.* Hinc videndum, in re dubia utrum potius sumatur. Et recte dixerimus in mensore id accipiendum, quod decipienti noceat: in herede autem, a quo dolus abest, quod ei prosit. Cui consequens est nimirum superior distinctio. Dicemus ergo in mensore actionem sic accipiendam, quasi sit ex dolo tantum, ut est re vera: quoniam ita eventurum est ex definitione superiore, ut actio sit pœnalis, ac propterea in heredem non detur; quod illi prodest.

XIV. Ac quæ actiones ex obligatione temporales sint, id est intra certum tempus ab initio datæ; quæ perpetuæ, id est quæ sine præfinitione temporis initio datæ sint, sic tamen ut ex constitutionibus finem certum acciperent postea, intellectum puto. Sequitur, ut quoniam omnibus aliquod tempus præfinitum esse constat, quodnam id sit in singulis, videamus. Et certe inutile est ad finiendam tempore obligationem nosse, esse aliquod tempus quo finiatur, nisi hoc ipsum norimus, quo finiatur In quo de utroque non longa nec difficilis constitutio est. Ac de temporalibus sic habendum. Omnes actiones quæ intra certum tempus propositæ sunt, quas vere & proprie temporales appellamus, has temporum varietates habent, neque plures, ut aut intra biennium dentur, aut intra annum, aut intra sex menses. Intra biennium una est actio de dolo. *L. ult. C. de dolo.* Intra sex menses una redhibitoria. *L. sciendum, §. ult. D. de ædil. ed.* Intra annum reliquæ omnes, sive rei persecutionem contineant, sive pœnæ. Priori generi exemplo sunt Pauliana, & quanto minoris. *L. 1. D. quæ in fraud. credit. d L. sciendum, §. ult.* De pœnalibus diserte traditum in *d. L. in honorariis, D. de obligat. & act.*

XV. De perpetuis quas minus proprie ita vocamus, ita hac parte ius est; cum initio simpliciter legibus aut edictis propositæ perpetuæ fuerint, postea eas constitutionibus Principum certum finem accepisse, idest certum tempus quo & ipsæ finirentur. *d. L. sicut, C. de præf. trig. vel quad. ann.* Id tempus esse quidem longissimum, utpote quod cum minimum excedat triginta annos; sed ut in superiore specie, ita hic quoque non esse unum. Actionibus huius generis perpetuis

tuis [3] præfiniuntur legibus alias centum anni, alias quadraginta, alias triginta dumtaxat. Atque hæc tempora pro ratione personarum creditorum, aut facti divisa: Nam pro conditione personæ aliud datum est civitatibus, aliud Ecclesiæ, aliud privatis.

XVI. Civitatibus constitutione Iustiniani centum anni dati, intra quos his agere liceat de rebus ad civitatem pertinentibus; ut non nisi post id spatium excludantur, quominus recte agant. Hoc in *L. ultim. C. de sac. eccl.* Idem tempus eadem constitutione tributum erat Ecclesiis. Mutatum id postea eiusdem principis Novellis constitutionibus, & relicti Ecclesiæ dumtaxat quadraginta anni, post quos illa si agat, placet eam excludi. Hoc in *Novel. hæc Constitutio*, innov. *Constitut. quæ* item in *Novel. de eccl. tit.* §. *pro temporalibus*. Reliquis, quo in numero sunt privati, item fiscus, generaliter dati triginta anni, ultra quos agere non liceat. *L. sicut*, *L. omnes*, *C. de præs. trig. an nor.* Interdum pro genere facti quod a creditore processit, augetur omnibus tempus, ut quanvis iam prope ad metam centum, quadraginta, aut triginta annorum pervenerint, si tamen id fecerint, quod intelligi volumus, adiiciiantur quadraginta anni, intra quos liceat agere. Id factum tale est, si creditor quandoque iudicio egerit cum debitore de eo quod debetur, & litem cum eo sit contestatus: Hic Iustiniani constitutio est, ut si idem deinde sive voluntate, sive casu litem cœptam omiserit, deinceps illi [4] perpetuetur actio ad quadraginta annos insequentes, ex eo numerandos, ex quo novissima cognitio processit, postquam utraque pars in lite cessavit. Hoc in *L. ult. C. de præs. trig. vel quad. annor.*

XVII. Quibus cognitis, legitimum numerum annorum & mensium, qui cuique actioni præstituti sunt, tenemus. Nondum tamen legitimum tempus præstitutum omnibus plane tenemus. Id ex annorum & mensium varia conditione accidit. Nam annus & mensis in usu iuris duplex est, unus continuus; alter utilis. Continuus dicitur, qui constat suis iustis diebus continuis. Utilis, qui constat iisdem diebus, sed utilibus. Dicti sunt autem nostris utiles dies, qui sunt utiles ad agendum: id est quibus is cui actio est, agere potuit, & ut in edictis prætorum circumscriptio est, quibus experiundi potestas fuit: ut quibus quis agere non potuit, vel quia prohibetur conditione personæ, vel quia his ius non dicitur, vel quia adversarius secum agendi potestatem non facit, hi in hoc numero non habeantur. *L. 1. D. de diver. temp. præscr. L. 2. D. de succes. ed.* Quæritur igitur etiamnum ex hac distinctione, utrum annum aut mensem hic accipere debeamus, continuumne, an utilem. Dicemus ubique utilem accipi, nisi si qua lege de continuo anno aut mense [5] nominatim comprehensum est. Et quod ad universum illud spatium longissimi temporis attinet, quod actionibus perpetuis postea præfinitum est constitutionibus: puta triginta aut quadraginta, aut centum annorum: quia abunde sufficit id tempus ad ius suum persequendum: ideo visum est in eo sufficere annos continuos, neque utiles exiguntur: quod significant constitutiones, cum has actiones volunt tot annorum iugi silentio finiri: est enim iuge continuum. *d. L. sicut L. omnes*, *C. de præscr. trig. vel quadrag. annor.* In temporalibus autem actionibus una est actio de dolo, in qua ut pro anno vetere utili biennium datum est; ita id biennium nominatim continuum esse placuit. *L. ult. C. de dol.* In cæteris utiles menses, utilem annum, intra quem dantur, ubique accipere debemus. Et de his nominatim quibusdam edictis & aliis locis expressum est, ut de Pauliana in edicto *L. 1. D. quæ in fraud. cred.* de redhibitoria, & actione quanto minoris in *L. sciendum*, §. *ult. D. de ædil. ed.* Sed ne eo minus idem tempus intelligendum putemus; ubi de eo nihil aperte adiectum legimus: sciamus etiam tunc cum actio intra annum simpliciter datur edicto, edictum sic accipi, ut intelligatur annus utilis. Quod in interdicto unde vi licet videre. Sic enim proponitur in edicto quod

exstat

3) Dicuntur tamen adhuc perpetuæ, vel quia sæpius retinetur nomen vi amissa; vel quia anni 30. 40 &c. iusta videri debet ætas & vita. Perpetuum autem quod ad vitam hominis *L. 1. §. penult. de off. præf. urb. L. 2. C. de his qui latr.* A. Gentil. *de Div. temp appell. C. 9.* Elapso autem hoc tempore ipso iure tutus est, qui præscripsit, Lang. *de Excep. P. 3. C 6* Et exceptio præscriptione non obiecta iudicis officio suppleri potest. *Nov. Elect. Sax. 25. P. 1.*

4) Vid. *supra Lib. 5. C. ult. N.* 8. add. Tiraqu. *de Retr. Lignag. §. 1. Gl. 10. n. 77. & seq. & n.* 85. ubi alium esse tradit si litis contestatio invalida, Gutierez. *de Iuram. confirmat. P. 3. C. 1.* Hortens. *ad L. 29. de Novat. p.* 570. *& seq.* P. Fab. *ad L. 86. & seq. & ad L. 139. de R. I.* Perpetuantur & actiones iureiurando, vide *de Iureiur. C. 9. infra Lib.* 24. Et fideiussoris datione *Gl. sing. in L. cum quis §. si quis de fideiuss. ref.* Hering. *de Fideiuss. C. 15. n. 44.* Præscriptio Saxonica, an litis contestatione vel citatione interpelletur, vid. Rauchbar. *P. 2. Q.* 28.

5) Contra Coler. & DD. *comm.* vide *supra Lib. 5. Cap. 18. n. 3. N. 1.* Vide de tempore continuo ac utili, Beust. *ad L. 9. §. 3. de Iureiur. n. 5. & seq.* Zas. *in L. 1. de Div. temp. præscr.* A. Gentil. *de Div. temp. appell. C. 14.* Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid. 14.*

exstat in *L.* 1. in princip. *D. unde vi*, ut polliceatur prætor se id interdictum daturum tantummodo intra annum. Ulpianus autem id interpretans annum utilem accepit. Annus, inquit, in hoc interdicto utilis est, *d. L.* 1. *§. annus*, *D. unde vi*. Sed & plerisque locis simpliciter legimus actionem intra annum, aut minus tempus concludi, de qua tamen ex aliis locis constat competere eam intra id tempus utile. Ut rescissoria dicitur anno finiri in *L. in honorariis*, *D. de obligat. & act.* at annus hic utilis fuit iure veteri: *L. ultim. C. quib. ex cau. ma. L.* 1. in fin. *D. eod.* Item de redhibitoria & actione quanto minoris scriptum est in *L.* 2. *C. de ædil. act.* ut prior dicatur simpliciter sex mensium temporibus, posterior anno concludi, nec quidquam adiicitur præterea. Cum tamen sciamus illam intra sex menses utiles, hanc intra annum utilem dari, quod diserte scriptum est in *d. L. sciendum*, *§. ultim. D. de æd. ed.* Sic & iniuriarum actio in *L. si non convicii*, *C. de iniur.* dicitur annuo tempore præscripta esse, id est circumscripta & definita. Quæ tamen alibi exolescere anno utili: *L. item si. §. in caussa*, *D. quod vi aut clam.*

XVIII. Atque hoc modo nobis definitum sit totum legitimum tempus, intra quod omnes personales actiones conclusæ sunt; tam temporales, quæ ab initio intra certum tempus sunt propositæ; quam eæ, quas ab origine perpetuas dicimus: idque sive annorum, & mensium numerum quæramus qui hic constitutus est; sive ipsorum annorum aut mensium conditionem, ut aut continuos annos accipiamus, aut utiles. Invento legitimo tempore actioni præfinito, restat ad liberationem quam hic quærimus, ut vis eius temporis adiecti spectetur. Eam esse diximus, ut hoc tempore finito finiatur quoque obligatio & actio, quæ intra id tempus constituta est. In quo duo occurrunt deinceps, quæ quærantur. Unum, quando id tempus finiatur. Alterum, exacto eo tempore, quomodo obligatio seu actio tollatur, utrum ipso Iure, an exceptione & præscriptione temporis. Et in omnibus actionibus personalibus sive temporales sint, sive perpetuæ, ut nunc perpetuas vocamus, tempus his præstitutum finiri intelligitur, cum recte cœptum unde oportebat, ita ad finem pervenit, ut ultimus eius temporis dies non inciperet tantum, sed etiam finiretur. Ita constat hoc tempus & initio unde cedat, & fine in quem desinat: neque enim detinere potest, nisi alicunde cœperit. Initium omnis temporis actioni cuique præstituti non cedit, seu numerari non incipit, nisi ex eo die, quo primum creditor agere potuit. Et ideo si obligatio contracta est sub conditione, tunc tempus constitutum initium accipiet, cum conditio exstiterit. Si obligatio erit in diem, tunc cedet, cum dies venerit. Sic enim utroque tempore agi posse incipit. *L. cum notissimi*, *§. illud*, *C. de præscr. trig. vel quadrag. annor.* Sed etsi præsens erit obligatio, quia pura, si tamen creditor in ea caussa erit, ut per conditionem personæ, vel ætatis agere non possit, aut non posse existimetur, placet adversus eum tempus non cedere, nisi ex quo actionem movere potuerit. Hac de caussa si quid debeatur filiofamilias, quia tantisper dum in potestate est, non potest suo arbitrio movere actionem, constituit Iustinianus non ante cedere adversus eum præscriptionis tempus, quam potestate patris liberatus fuerit. *L.* 1. *§. ult. C. de an. excep.* Hac ipsa de caussa constitutum ab eodem Iustiniano, ne cedat tempus adversus minores, sed tunc demum, cum qui minores erant, vicesimum quintum annum excesserint. Quasi nec ante per infirmitatem ætatis satis recte agere possint. Hoc in *L. ult. C. in quib. caus. in int. restit. nec. non est*.

XIX. Finis autem huius temporis recte cœpti is est, qui describitur in *L. in omnibus*, 6. *D. de obligat. & actio.* ut in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies impleatur, non finiat obligationem. Et ideo si cui actio temporalis est intra annum, si cui actio perpetua intra triginta annos, aut amplius, is etiam postremo ultimi anni die recte aget; quanvis verum sit, cum ad ultimum anni diem ventum est, nihilominus annum totum esse completum. *L. anniculus non statim*. *D. de verb. obl.* Hoc ideo, quia omnis actio in personam datur non intra annos aut menses tot completos, sed simpliciter intra annum, aut intra annos, aut intra menses tot. Verum est autem eum agere intra annum, aut intra mensem, qui agit ultimo anni eius aut mensis die, quoniam omnes anni dies sunt intra annum, omnis mensis dies intra mensem. Quemadmodum intra Calendas etiam ipsæ Calendæ sunt. Ratio Ulpiani in *L.* 1. *§. si intra*, *D. de suc. ed.* Aliter observatur in actione in rem: quæ cum finiatur tempore, veteri domino re ab alio usucapta per decem, aut viginti annos; placet eam finiri, non cum ultimus anni decimi aut vicesimi anni dies finitus est,

ſed cœptus tantum. Nam is qui uſucapit, perficit uſucapionem, cum legitimum ad uſucapiendum tempus complevit; implet autem, cum ad ultimum eius temporis diem pervenit, cœptum tantum, non finitum: quia annum civiliter non ad momenta temporum, id eſt horas, ſed ad dies numeramus. *L. anniculus non ſtatim D. de verb. ſignif.* Idque eſt, quod dicitur, in uſucapionibus non a momento ad momentum, ſed totum poſtremum diem computari. *L. in uſucapionibus*, 6. *D. de uſurp. & uſuc.* Computatur enim poſſidenti ut ei proſit ad uſucapionem implendam, quanvis cœptus ſit tantum, non finitus: & ita prodeſt totus. Quod ſi ita uſucapio impletur, res videlicet uſucapienti iſto modo acquiritur: acquiſita, prioris domini eſſe deſinit. Re autem veteri domino amiſſa, ſequitur, ut illi finiatur eodem tempore in rem actio; quæ non poteſt competere nisi domino. *L. in rem, D. de rei vind.* Ita fit, ut si is cuius res uſucapi cœpta erat, de re ſua agat ultimo die anni decimi, aut viceſimi, intra quod tempus res uſucapienti adicitur priori domino adempta, excludatur actor; quanvis cœptus ſit tantum dies, non finitus.

XX. Differentiæ ratio eſt, quam pluribus expoſui ſupra ſub *Tit. De fiſci traditione, deque præſcriptionibus longiſſimi temporis*, quod non ut in temporalibus actionibus actio intra annum aut aliud tempus ſimpliciter datur, ita de re uſucapienda datur in rem actio veteri domino ſimpliciter intra decem aut viginti annos; ſed cum adiectione, intra decem & viginti annos, quibus res ab alio poſſeſſa, uſucapta non erit. At uſucapitur res cum legitimum uſucapionis tempus impletum eſt: Impletur autem cum poſſeſſor poſtremum anni diem attigit tantum, non finivit. Ita neceſſe eſt etiam tum verbis ſuperioribus actionem in rem veteri domino finiri. Ex quo apparet verbis ipſis legum de tempore harum actionum conſtituentium hanc differentiam induci inter actiones perſonales, & actiones in rem temporales. Superiorem autem definitionem *L. 6. D. de obl. & act.* quæ finitum diem noviſſimum exigit, ut finiatur actio, ſcriptam eſſe de actionibus in perſonam, verbum obligationis quo utitur, indicat. *Niſi totus*, inquir, *noviſſimus dies finitus ſit, non finit obligationem.* Non naſcuntur ex obligatione actiones, niſi eæ quæ ſunt in perſonam, §. 1. *Inſt. de act.*

XXI. Quod reliquum eſt, finito legitimo tempore, intra quod actiones concluſæ ſunt, finitur & ipſa actio, ſive ea ab initio temporalis eſt, ſive perpetua. Sed finitur diſſimiliter: temporalis ipſo iure; perpetua non niſi præſcriptione temporis ſummota. Temporales, ut iam monui, eas proprie dicimus, quæ lege ipſa qua conſtitutæ ſunt, nominatim intra certum tempus dantur. Eas tranſacto eo tempore ipſo iure ita finiri dicimus, ut poſt id tempus nullæ ſint. Id ſatis declarant illa verba *d. L. in omnibus*, de obligat. & act. *in omnibus temporalibus actionibus niſi noviſſimus totus dies compleatur, non finit obligationem.* Id enim exprimunt, si is totus dies completus ſit, finiri obligationem. Dicitur in uſu iuris res quæque finiri, quæ ſuo tempore ita finitur, ut plane tollatur, exſtinguaturve. Sic dicitur uſusfructus finiri in § *finitur*, *Inſt. de uſufr.* Sic finita pignoris obligatio in *L. eleganter*, in pr. *D. de pig. act.* Sic dies finita in contractu, cum ita finita eſt, ut nulla amplius iure ſuperſit. *L. ſi finita*, in princip. *D. de dam. inf.* Quod & in actione temporali quæ dicitur ſimpliciter finita, intelligendum eſt: Idque etiam ratione iuris certo efficitur. Nam actio nulla eſt, quæ non datur iure civili aut prætorio. Omnes enim obligationes & actiones aut civiles ſunt aut prætoriæ. §. 1. *Inſt de obl. L. actionum*, §. *ult. D. de obligat. & act.* At quæ actiones lege aut edicto dantur dumtaxat intra annum, aut aliud certum tempus, palam eſt eas ultra id tempus lege aut edicto non dari. Quare poſt id tempus, ſeu finito eo tempore eodem illo iure nullæ ſunt. Perpetuæ actiones non ſunt in eadem cauſſa. Hæ finito eo tempore, intra quod poſtea concluſæ ſunt, finiuntur illæ quidem: alioqui non recte diceretur, conſtitutiones ſacras his actionibus certos fines dediſſe, quod ſcriptum eſt *Inſtitut de perp. & temp. act.* in princip. ſed finiuntur hæ non ipſo iure, verum præſcriptione triginta, vel quadraginta, aut centum annorum. *d. L. ſicut. L. omnes, C. de præſc. trig. vel quadrag. an.* Eſt autem præſcriptio temporis eadem, quæ dicitur temporalis exceptio. *d. L. omnes, de præſ.* 30. *vel* 40. *an. L.* 1. §. *ult. C. de an. exc.* id eſt exceptio quæ tempore, ſeu ob diuturnum ſilentium creditoris, & ſpacium temporis quo actum non eſt, debitori parta eſt, & tributa conſtitutionibus. Itaque poſt triginta aut quadraginta annos durant nihilominus iure ipſo hæ actiones: ſed qui aget, oppoſita præſcriptione temporis repelletur. Differentiæ ratio eſt, quod cum actio

ab initio intra certum tempus legibus datur, post id tempus amplius non datur ulla lege, ut ante ostendimus. Tales sunt autem, quas diximus temporales. Quæ autem prioribus legibus semel datæ sunt simpliciter & sine ulla præfinitione temporis, quæ inde ab initio perpetuæ factæ sint, eæ ideo manent perpetuæ, quia priores leges posterioribus hic tempus præfinientibus non tolluntur. Nam de posterioribus legibus ita traditur, etiam posteriores leges ad priores pertinere, nisi contrariæ sint. *L. sed & posteriores, D. de leg. & sen.* Quod hanc significationem habet, ut posteriores leges sic accipiendæ sint, quasi priorum pars essent, ita ut una lex alteram non tollat, sed altera ab altera interpretationem accipiat, atque ita ambæ salvæ sint, quod natura rerum constitutarum patitur. Secundum hanc sententiam, cum actiones perpetuæ prioribus legibus in perpetuum datæ sint, posterioribus conclusæ intra certum tempus: has leges ita servari oportet, ut quam minimum fieri potest, detrahatur prioribus: & tamen si quid detrahi necesse est, quod posteriores valeant, eatenus detrahatur. Id vero in specie proposita ita recte fieri visum est, si ex prioribus legibus actiones simpliciter datæ sint perpetuæ ipso iure: ne autem posteriores leges frustra finem his dederint, quod ante iure valuit, id per exceptionem infirmetur.

XXII. Quæret aliquis, quid intersit, iure ipso finiatur tempore actio, an per exceptionem & præscriptionem temporis infirmetur, cum regula iuris traditum sit nihil interesse, utrum horum fiat. *L. nihil interest, D. de reg. iur.* Et sane exceptione opposita nihil interest: Ea autem non opposita si quid de re debita, deque actione convenerit, interest etiam re ipsa plurimum. Nam si quis creditor Pauliana actione, aut alia quæ intra annum dabatur, intra annum non egerit, deinde paciscatur cum debitore, ut iterum sibi agere liceat, aut debitor bonam fidem agnoscens se idem soluturum constituat: inutilis pactio est, neque inde ulla actio creditori nascitur. Non vetus, quam sublatam ipso iure diximus: Non nova; quia secundum regulas iuris ex pacto nudo actio non oritur de eo, quod ante debitum non fuit. In perpetua actione contra eveniet, ut si is cui hæc actio competebat, non egerit intra triginta annos, deinde paciscatur cum debitore, ut sibi de eadem re agere liceat, utilis sit pactio. Non sane quia hic magis nascatur actio ex pacto, quam prius, quod ius vetat; sed quia etiam ante pactionem vetus mansit actio iure ipso, quæ nunc pactione adversus præscriptionem temporis servatur integra. Nam si creditori veteri actione recte agenti opponetur præscriptio temporis, exceptio pacti conventi vel doli mali replicatione elidetur. Hæc Paulus id illam sententiam in *L. si unus, §. pactus, D. de pact.*

XXIII. Sed quocunque modo placet actionem tempore legitimo finiri, sive ea temporalis est ab initio, sive perpetua: id unam hanc exceptionem communem habet, ut finiatur, nisi cursus, & præscriptio legitimi temporis fuerit interrupta, de quo & iam ante in universum scripsi, quod pertineret ad omnes temporis præscriptiones, tam quæ adversus actiones in rem sunt, quam quæ in personam. Sub *Tit. De fisci traditione, deque præscriptionibus longissimi temporis.* Nunc quantum huic loco sufficiat paucis perstringam. Interrumpitur hic cursus & præscriptio legitimi temporis a persona quidem creditoris, partim facto eius, partim conditione sola personæ: a persona autem debitoris, debiti agnitione. Factum creditoris ad interrumpendam omnem temporis præscriptionem idoneum duplex est: conventio iudicialis, & hypothecæ iusta detentio. Conventio iudicialis est, non solum tunc, cum creditor iudicio expertus eo usque processit in conveniendo reo, ut litem cum eo contestaretur; quæ omnium certissima est curriculi cœpti interruptio: *L. cum notissimi, §. immo, C. de præscr. trig. an.* sed etiam cum in ius solum vocavit, uti oportet, nempe per apparitorem. Quod simul atque factum est, etiamsi ultimo die tricesimi anni factum sit, interrumpitur totius præcedentis temporis præscriptio. *d. L. sicut*, vers. *nec sufficiat, C. de præs. 30. vel. 40. an.* unde & novi triginta anni competere incipiunt. Quod si etiam litis contestatio secuta sit, a quacunque litis cognitione postea actor cessaverit litem prosequi, inde etiam quadraginta anni accedent. *L. ult. C. de præs. 30. vel 40. ann.* Iusta detentio hypothecæ est, cum creditori pro debito hypotheca data est: hanc si sine vi tenuerit, fit hac detentione interruptio præcedentis temporis, propemodum non aliter, quam litis contestatione. *d. L. cum notissimi, §. immo, C. de præs. 30. vel 40. ann.* Et recte. In huius enim hypothecæ detentione creditor quodammodo obligationem possidet: quam possidens, debitoris in ea obligatione possessionem interrumpit. Conditione sola personæ creditoris præscriptio quamvis recte cœpta inter-

interrumpitur, cum creditor adversus quem præscriptio cœpta erat, decessit relicto impubere herede. Adversus impuberem nulla currit præscriptio, etiam si sit triginta aut quadraginta annorum, idest præscriptio longissimi temporis. Constitutum in *d. L. sicut*, vers. *nec sufficiat*: Quod si is creditor decesserit non pupillo, sed minore adulto herede; si quidem præscriptio est pauciorum annorum, quam triginta, dicemus ne adversus hunc quidem præscriptionem currere, proinde & spatium præcedentis temporis interrumpi. Sin præscriptio est triginta annorum, aut amplioris temporis, placet hanc semel recte cœptam quamvis interveniente minoris persona non interrumpi, sed adversus eum constanter currere. Hoc in *d. L. sicut*, vers. *nec sufficiat*. A persona debitoris interrumpitur præscriptio temporis, cum is ad agnoscendum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit. Hoc in *L. cum notissimi*, §. *sed etsi quis*, *C. de præs. 30. vel 40. ann.*

C A P. IX.

De solutione. Solutionem esse naturalem præstationem rei, & eius debitæ. Aliud pro alio invito creditore solvi non posse.

Facto contrahentium tollitur obligatio, aut delicto creditori, & quasi; aut solutione debitoris; aut consensu utriusque. I.
Solutionis verbum generale omnem liberationem complecti; sed tamen generis nomen ad præstationem rei debitæ contrahi iuris usu. II.
Posterioris huius significationis ratio. III.
Solutio quid sit. Tres definitionis partes, & quæ. IV.
Eadem in præstatione consistit, a quibus differat isto nomine. Præstandi verbum quid significet. V. VI.
Rursus in præstatione eius quod debetur, Res præstita solvendi caussa, solutio vera non est duobus modis. VII.
1. *Cum quis indebitum solvit.* VIII.
2. *Cum quis solvit invito creditori aliud pro alio.* IX.
Sive in rebus, sive in factis. In rebus aliud pro alio vel specie, vel forma, vel iure rei ipsius. Exempla. X.
In factis aliud pro alio duplici modo; qualis uterque. Ex neutro vera solutio. XI.
In quibus factis aliud pro alio valeat ad solutionem. XII.
Aliud pro alio solvitur volenti creditori; si tamen soluta res fiat accipientis. XIII.
Alias vetus actio manet; aut evicta re datur utilis ex emto. XIV.
Utra sit commodior aut tempore, aut efficacia. XV.
Aliud pro alio recte solvitur vel invito creditore aut propter ipsius commodum, vel propter ius debitoris. XVI.
Ius debitoris ex lege, testamento, vel conventione. Quomodo ex lege. XVII.
Item quatenus ex testamento, aut conventione. XVIII. XIX.

I. HActenus genus illud liberationis, quo tollitur obligatio sua sponte etiam invitis iis ad quos ea res pertinet: quod primum initio posuimus. Erat ex duobus propositis alterum, quo istorum ipsorum facto atque opera obligatio tollitur. Tollendæ hoc modo obligationis ratio aut extraordinaria est, aut ordinaria. Extraordinaria una, creditoris delictum, pecuniam aut rem sibi debitam vi [1] auferentis: placet enim hunc ius crediti eo facto amittere; quod non aliter fit, quam debitore liberato. *L. exstat*, *D. quod met. cau.* Ordinariæ liberationis huius generis species duæ. Aut enim isto modo solutione tollitur obligatio, & si quæ facta sunt, quæ solutionis vicem habent, aut dissolvitur consensu. Solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem, definitio est iuris certi, tradita *Inst. quib. mod. tol. oblig.* in pr. Sed hic solutionis effectus est: de quo postea; ante caussam ipsam huius liberationis statui oportet, solutionem;

II.

[1] *L. 7. ad L. Iul. de vi privata.* Qua de re fuse Menoch. *Recup. Poss. Remed.* 4. Item si ægrotantis & animam agentis domum ingressus signa rebus imponat &c. de quo vid. *Nov.* 60. *&* *ad eam.* Cuiac. Quid si idem quod copia magistratus non haberetur, Idem esse Pileus Modic. §. 87. vid. *infra Lib.* 17. *C.* 2.

II. Solvendi verbum in usu iuris varie usurpatur. Nam & ad personam obligati refertur, & ad obligationem, & ad rem obligatione comprehensam. Dicimus enim & debitorem solvi, cum liberatur. *L. decem, D. de verb. obl.* & obligationem solvi, quæ tollitur, quoquo modo liberato debitore. *L. prout*, 80. *D. de solut.* & rem debitam [2] solvi, cum præstatur: ut cum dicimus rem solvendam, pecuniam aut nummos solutos. *L. solutam*, 49. *D. de sol. L.* 4. *§. ait, D. de re iud. L. si rem, §. omnis, L. solutum*, in princip. & *§. solutam, D. de pig. act.* item, solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. In quibus solutionem rei pro præstatione rei accipi palam est. Quo ex usu recte dictum est solvendi seu solutionis verbum & generale esse, & speciale. Nam ad priora duo relatum [3] generale est, ad omnem liberationem pertinens. Quocumque enim modo obligatio quæque contracta est, si quo modo ab ea liberatur debitor, semper eodem illo modo & debitor solvi, & dissolvi obligatio recte dicitur. *d. L. prout*, 80. *L. solutionis*, 54. *D. de sol.* Unde & illud, liberationis verbum eamdem vim habere, quam solutionis. *L. liberationis, D. de verb. signif.* Relatum autem verbum ad rem promissam apparet specialis esse significationis, ut quo significetur non iam quævis liberatio, sed sola rei debitæ naturalis præstatio. *d. L. solutam*, 49. *de sol.* Hinc simpliciter solutio dicta pro solutione & liberatione huius generis: nomine generis ad speciem hanc per excellentiam contracto: quia ea demum vera obligationis solutio est, cum id præstatur, quod ex obligatione præstari debuit: quandoquidem id solum agit obligatio, ut id præstetur. Unde dicta obligatio vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ, id est præstandæ. *Inst. de obl.* in pr. Et tamen cum lex pecuniam solutam exigit, sic hanc ipsam præstationem pecuniæ ex usu verbi significari intelligimus, ut si qua alia liberatio debitoris intervenit, omnem eam ex sententia legis [4] accipere debeamus, quia in solutione rei nihil aliud propositum fuerit legi, quam ut debitor liberaretur quam maxime ex sententia creditoris. Nec dubium est, quin in hanc sententiam potissimum accipi debeat illud, quod dicitur in *L. solutionis*, 54. *D. de sol.* solutionis verbum pertinere ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque referri ad substantiam obligationis (quæ substantia quavis liberatione solvitur) quam ad nummorum solutionem. Ita fit, ut solutionis verbum absolute positum ex usu iuris præstationem rei significet: proinde & liberationem specialem, quæ hac præstatione contingit. Vi autem ipsa ex sententia legis contineat omnem liberationem: quia ceteræ liberationes eamdem vim eumdemque effectum habeant. Ut omni modo recte dictum sit solutionis verbum pertinere ad omnem liberationem quoquo modo factam: & liberationis itemque solutionis verba [5] exæquari. *d. L. solutionis*, 54. *de solut. d. L. liberationis, de verb. signif.* Et hic quidem verbi usus & significatio est.

III. Sed non temere significationis rationem requiris, non cum ad duo priora refertur, sed cum ad rem debitam. Recte enim dicimus & naturæ rei convenienter, debitorem solutum, cum liberatus est, quia obligatione & vinculo quo tenebatur, solutus est: Recte & illud, obligationem esse solutam, quæ liberatione debitoris dissoluta est, ut si vinculum quod nexum erat, solutum dicamus. At quomodo dicatur solvi res, quæ debita præstatur: cum in persona obligati vinculum sit, quo ille obstringitur, in re non sit? solum enim tunc obligatur res, cum pignori aut hypothecæ subiicitur. *L. res*, 5. *D. de pign.* Porro non solvitur, nisi quod est adstrictum. Res sic habet. Res quævis debita non nexa pignori, sane principaliter obligata non est: at per consequentiam videtur eodem vinculo, quo debi-

2) Lui quoque dicitur res. At luitio non est simpliciter solutio, sed magis actus, quo quis obligationi eximitur, atque nexu se vindicat. Sic lui dicitur pignus, luere se dicuntur redempti ab hostibus, de quo vid. Rob. 3. *Sent.* 10.

3) Vult. in *pr. I. h. t. n.* 3. Modus, inquit, tollendæ obligationis est solutio in genere considerata. Eamque definit omnem actum quo debitor liberatur. Hac enim acceptione etiam præcedentes modos continet.

4) Solutio tamen generalius accepta se habet ad liberationem, ut caussa ad effectum, contractus ad obligationem: Solutio respicit factum, liberatio ius, Vult. *ad pr. inst. h. t. n.* 3. Cuiac. *ad L.* 47. *de V. S.* Proprie solutio, ait, significat præstationem, seu dationem naturalem pecuniæ vel rei. Et proprie liberatio ad obligationem refertur, solutio ad rem quæ est in obligatione: liberamur obligatione, solvimus rem debitam. Et seiuncta hæc in *h. t. D. de sol. et liberat.* Menoch. 3. *Præs.* 151. *n.* 1. triplicem esse liberationem Naturalem tantum, quæ fit solutione reali, Civilem cui natura cooperatur, quæ confessione creditoris, & Civilem tantum quæ pacto, transactione, acceptilatione.

5) Ita & vulgo, quia reliquæ liberationes eamdem habeant potestatem cum solutione nummorum. Sed Briss. *initio Li.* 1. *de Sol.* IC. *in d. L.* 54. non tam effectum quam verborum vim & potestatem spectasse censet. Quæ si origini suæ reddantur, solutio, & liberatio, ait, solo nominis sono differunt *d. L.* 47. *de V. S.* Hoc autem commune nomen suum ac proprium fecit ea liberationis species, quæ numeratione vel alia naturali præstatione contingit.

debitor teneri: dum necessitas rei præstandæ obligato imposita cogit eum rem ipsam persequi & parare, ut liberandi sui caussa eam præstet, id est, eam huic ipsi necessitati præstationis subiiciat. Quæ res facit, ut cum ex obligatione res præstatur, etiam ipse priore vinculo & necessitate præstationis liberari videatur.

IV. Hæc de verbo. Res autem ita est. Solutio, de qua nunc quærimus sic recte definiatur, ut sit eius quod debetur, uti debetur, 6 præstatio. Continet breviter hæc definitio omnia, quæ sunt propria iustæ solutionis ad liberationem: proinde vera & recta definitio. Quod partibus eius sigillatim cognitis, eorumque vi exposita, intelligetur. Exigit igitur hæc definitio ad solutionem hæc tria. Primum, ut quid præstetur, ipsaque hæc præstatio solutio est. Secundum, ut præstetur id quod debetur. Tertium, ut præstetur ita, ut debetur.

V. Principio solutio præstatio est. Id hanc significationem habet, ut non sit solutio, nisi cum id quod debetur, præstatur, & præstatur naturaliter, ut de pecunia soluta scriptum est in *L. solutam*, 49. *D. de solut.* Naturaliter, id est vere, cum scilicet quod verbo dicitur, idipsum in re est natura. Quod & tunc fieri intelligitur, cum pecuniam aut aliam rem debitam creditor iubet in conspectu suo poni solutionis caussa: nam & tunc statim eius fieri incipit. *L. pecuniam*, 79. *D. de solut.* Itaque si qua liberatio est, in qua nihil præstatur re vera, hæc non est solutio. Hac nota distinguitur solutio ab acceptilatione: quæ alioqui etiam solutio dicitur. *§. item per*, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* sed solutio imaginaria: non alia de caussa, quam quod in solutione res præstatur: in acceptilatione nulla rei præstatio intervenit. Hac eadem nota distinguuntur a solutione compensatio, & obsignatio pecuniæ debitæ. Etiam hæc duo posteriora pro solutione habentur, ut dicetur postea suo ordine: sed ideo solutiones non sunt, quia in his nihil præstatur naturaliter & re vera creditori. Ut autem solutio omnis præstatio est, nec ulla est solutio sine præstatione: ita e converso omnis præstatio rei debitæ solutio est: ut intelligamus hoc verbo neque minus, neque plus quam definito contineri.

VI. Præstandi verbum generale est, pertinens ad ea omnia, quæ in obligatione versantur, ut fiant. Omnis obligatio, ut suo loco diximus, aut in eo est, ut quid detur, aut in eo ut quid fiat: *L.* 2. in princip. *D. de verbor. obligat.* & quod idem est, in omni obligatione, omnique debito aut res continentur, aut facta: res ut dentur, facta ut fiant. *§. ult. Instit. eod.* Ad horum utrumque verbum præstationis pertinet. Qui dat, quod ex obligatione dare debuit, præstat. *L. si fundum*, 114. *D. de verbor. obligat.* Et qui facit, quod ex obligatione facere debuit, citra controversiam solvere rem dicitur. *L. si quis aliam*, *D. de solut.* Sed & facta cum præstantur, dicuntur solvi. *L. qui res*, *§. mibi Romæ*, *D. eod.* Ita recte dicimus omnem eius quod fieri debet præstationem, solutionem esse, sive res detur quæ dari debuit, sive quod fieri debeat, fiat. Hoc eo pertinet, ut sive is qui dare debuit, det; sive is qui facere, faciat, intelligamus eum omni obligatione liberari: quia ita fit regula iuris, Solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem. In his autem omnibus præstationibus vera solutio est, quia vera & naturalis rei debitæ præstatio.

VII. Non quævis præstatio debitoris solutionem habet. Tunc solutio esse incipit, cum secundum illud accesserit, ut præstetur id quod debetur. In quæ verba & superior illa definitio concepta est, quæ efficit, solutione eius quod debetur, tolli obligationem. Et hoc est; quidquid præstatur, quod non debetur, non solvitur, nec tanquam solutum parit liberationem: Idque obligationis natura facit. Nam si obligatio est vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ, nempe eius quæ in obligatione est, seu quæ ex obligatione debetur: necesse est, quamdiu hæc ipsa res non solvetur, manere obligationem, & idem vinculum quod prius fuit: proinde nec solvi obligationem, nec liberationem contingere. Ut quis quid præstet solvendi caussa, & non præstet, quod debetur, duobus modis contingit: ac totidem modis a re præstita, ne sit solutio aut liberatio.

VIII. Uno modo, si quis quid præstet, qui omnino non debuit: quod contingit iis, qui errore indebitum solvunt. Nam qui obligatione prius non tenebatur, is ut se, vel aliam rem ullam obligatione solvat, fieri non potest. Omninoque ubi nulla obligatio est, ibi nulla intelligi potest obligationis solutio: uti nec manumissio a servitute, ubi nulla sit servitus, a qua manumit-

6) Cuiacio 7. *ad Afric. in L.* 38. §. 3. *h. t.* definitur. Eius quod debetur a se in creditorem, vel alium, cui solvatur recte, abalienatio profecta, Vult. *in pr. l. hoc tit. n.* 8. Eius quod debetur realis, legitime facta, præstatio.

numittas. *Inst. de lib.* in princip. Itaque quod in conditione indebiti dicitur reperi indebitum per errorem solutum, toto *Titu. C. de cond. indeb.* L. 1. & passim, *D. eod* hic solutum [7] abusive dicitur: relatione facta scilicet non ad id quod fit revera, sed ad id quod debitor errans se facere existimat. Quia enim se debere putat, ideo & quod præstat eo nomine, solvendi animo dat, & se putat solvere, atque adeo opinione sua solvit. Sed vere non solvit, ut dixi, qui præstitit quod non debebat.

IX. Altero modo accidit, ne præstetur quod debetur, cum verus debitor aliud solvit, quam debet. Ideo aliud præstando debitor neque intelligitur solvere, nec si forte ignoranti præstiterit, ea præstatione liberatur. Hinc nata definitio iuris certi, aliud pro alio invito creditori [8] solvi non posse. Exstat in *L. 2. §. 1. D. si cer. petat.* Finge solutum ignoranti, ut si cum aurum promisisset debitor, ignoranti quasi aurum æs solverit. Non liberabitur: quia re vera nec solutio fuit. *L. si cum aurum, 50. D. de solut.* Quid, an condicet, quod ita dedit? Negat Paulus in *d. L.* si cum, *quia*, inquit, *sciens dedit*. Hoc ex regulis de indebiti condictione. *L. 1. D. de cond. ind. L. indebitum, C. eod.* Quid ergo, creditor aurum petet, & nihilominus æs datum retinebit? Imo, ait ibidem Paulus, ita creditor aurum petere poterit, ut æs acceptum reddere debeat, alioqui summovebitur exceptione. Nempe doli, quia facit contra bonam fidem, quæ non patitur, ut bis idem exigatur, aut quod idem valet, ut eiusdem rei nomine duas summas consequatur, *L. bona fides, D. de reg. iur.*

X. Pertinet autem superior definitio non ad res tantum debitas, sed etiam ad facta. Ut alia res pro alia invito solvi non potest. *L. manifesti, C. de solut.* sic nec factum pro facto, aut eo soluto liberatio contingere. *L. qui res, §. mihi Romæ, D. de solut.* In rebus alia res intelligitur aut specie, aut forma, aut rei iure. Alia res est specie; veluti cum pro Sticho datur Pamphilus, pro pecunia debita fundus, pro fundo pecuniæ; quo in genere certum est aliam rem pro alia solvi invito non posse. *L. si quis aliam, D. de solut. d. L. manifesti, C. eod.* Forma res alia est, veluti cum pro centum nummis aureis mutuo datis redditur pecunia in aliam formam, Quod cum fit, non continuo videtur alia res reddi; sed tamen ita, si quod damnum ex ea re futurum sit creditori: certe hoc casu placet creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere. *L. 9 creditorem, 99. D. de solut.* Non alia de caussa, ut videtur, quam quod, ut alia forma inducit aliud corpus nummorum, ita damnum ex ea mutatione contingens usu etiam ipso & utilitate vere aliam speciem facit. Finge pro nummis aureis reddi minutam monetam, quæ magnam quantitatem efficiat, creditori nimis gravem, aut etiam periculosam. Aut ei qui in sua regione dedisset mutuo nummos illic locabiles, reddi aliam monetam quæ illic non sit usui. Cæterum omni huiusmodi [10] amoto damno, vel ex superiore conditione satis intelligitur nummis

7) Nulla solutio ubi liberatio non contingit; Nec enim facta videri potest nisi vi obligationis extincta & vinculo dissoluto. Nec liberatio ubi a nexu non fit solutio. Est enim horum verborum significatio ad iura obligationum translata, metaphora ducta a vinculorum constrictione. Unde versus glossæ.

Solvimur a nodo nos dando, vel faciendo;
Solvitur & taurus fune remota ferus,

Goed. ad *L. 47. de V. S. n. 8.* Male igitur Cuiac. *ad d. L. 47.* non omnem solutionem parere liberationem veluti quæ pupillo fit &c. Ea namque non est proprie solutio. At Cuiacius propriam se significationem ibi tradere profitetur.

8 : Nemo cogitur satisfactionem accipere *L. 6. §. 2. Quib. mod pig. L. 21. §. ult. de pec. const. L. 10. de pig. act. & sim.* Vid. Cuiac. *in Nov. 4 p. m. 41. & seqq.* P. Fab. *ad L. 95. de R. I. p. 430. & seq.* Gutierez. *de Iuram. confirmat. P. 1. C. 29* Io Koppen. Q. 55

9) Sic in vulgatis libris *d. L.* 99. incipit & probat Hot. *Ill. Q. 15.* P. Fab. *ad L. 78. & seq. de R. I. p.* 357. cum Florentini habeant *debitorem*. Quæ lectio licet vel prima fronte cuivis incongrua videri queat, omnique careus dubio, adstruitur tamen a M. Lycklama *Lib. 5. Membran. Eclog. 21.*

10 , Damnum verum requiritur. Nec ex nuda affectione res æstimanda, quæ in nummis iustam rationem non habet *L. 3. de in lit. iur.* quia in eis non speciem, intuemur, sed æstimationem, Briss. *Lib. 1. de Sol. p.* 333. Pinel *in Rub. C. de resc. vend. P. 1. C. 3 n. 16 & seq.* Confer. Coler. *de Proc. exc. P. 1. C. 10. n. 14 & seqq.* Parlador. *2. Rer. Quotid. C. fin P. 5. §. 17. P. 17. & seqq.* Gutierez, *Pract. QQ. Lib. 2. Q.* 179 (qui tamen etiam in minutissima moneta solutionem fieri posse censet, modo probata sit, tametsi inde damnum creduor. Sed male). Gasp. Ant. Tessaur. *in Addit. ad Decis.* 174. Quia imo Covar. *Coll. veter. numism. C. 7 § 1.* contendit, etsi obligatio concepta sub certa specie monetæ, creditorem, licet alterius materiæ eiusdem æstimationis nummos recipere non teneatur, cogi tamen eiusdem materiæ, sed diversæ formæ & characteris Quid autem si monetæ bonitas intrinseca vel extrinseca (id est æstimatio mutata? Quæstio agitata est, quam, etsi libeat, tractare per institutum non licet. Adeat, qui volet Covar. *d. lo.* Vasq. 1. *Ill. Contr. 2 n. 7.* Gail 2 *Obs.* 73. fuse Ant Fab. *Lib. de Nummar. debit sol.* Andr Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Du um Sax. C. 5. n* 324 *& seqq.* Cothmā *Iur. Resp* 36. Io. Koppen Q. 2 Io. Bapt Costa *de Facti scient. vel ignor. Dist.* 63 Herm. Meiter. *L. 2. de Prafer credit. Tit. 5. n. 18. & seqq.* vid. & *Nov. Aug. Sax. Elect. 28. P. 2.* Confer Tiraq *de Retr. ligu. §. 1. Gl. 18. n. 27. & seqq.* Sane non liberatur reprobos nummos solvens *L. 24. §. 1. de pig. act.* ærosam pecuniam *L. 102. pr. h. t.* id est subæratam cui nimium æris admistum, sicut Festus *Lib. 1.* vid. Coras. 1. *Misc.* 9. Cuiac. 8. *ad Afric. in L. 39. h. t.* Bilduin. *ad L. 12. tabb. 5. n.* 8. Briss. *Lib. 1. de sol. p.* 334. Brodæ. 10. *Misc.* 17 Iac. Bornit. *Lib. 2. de Nummis C. 2. in fin.* Nec legendum in *d. L.* 102. *ignor.* , id est mer-

mis certis mutuo acceptis licere debitori pecuniam in aliam formam reddere: de quo scripsi fusius ad *L.* 3. *D. si cert. pet.* Iure rei & translationis alia res est, cum res dari debet, quod non contingit nisi in re propria debitoris, & præstatur aliena, aut pignori obligata, aut quæ in ea caussa sit, ut possit evinci, puta si homine promisso det statuliberum, qui conditione libertatis exsistente in libertatem auferatur. Quibus casibus placet ita debitorem non liberari, ut creditor statim possit agere, nec cogatur exspectare donec res sit evicta. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem*, *L. qui decem*. 72. *§. pen. L. si rem*, 20. *L. si creditor*, 26. *L. qui res*, 98. in princ. *D. de sol.* Hinc eum qui sic solvit, ut reciperet, non liberari placet: quia prope est ut non videantur nummi alienari, qui sic dantur, ut recipiantur. *L. qui sic*, 55. *D. de solut. L. aliud est capere*, *D. de verbor. significat.*

XI. In factis aliud factum intelligitur aut ex specie facti, aut ex facientis persona: ut utroque modo nec solutio fit rei debitæ, nec liberatio contingat. Ex specie facti, cum debitor ipse aliud facit, quam promisit: ut, si pictor, qui certam imaginem ex locatione pingere debuit, aliam pingat; si faber pro domo quam debuit ædificare, præstet stabulum, pro navi currum. In quibus verissime illud dicitur, factum pro facto solvi non posse. *d. L. qui res*, *§. mihi*, *de solutionib.* Ex facientis persona, cum fit, quod nomine est idem, sed fit ab alio, agitur autem res, quæ consistit in artificio personæ. Fac mihi convenisse cum artifice, ut ipse ædificaret insulam, & alii fabro ædificandam dedisse: cum pictore, ut quid pingeret, & alium pingere. Non liberabitur, nisi æque peritum dederit: de quo iudex cognoscit. Hoc ideo, inquit, Ulpianus, quia inter artifices longa differentia est & ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis. *L. inter*, 31. *D. de solut.* Quid hoc ad rem, quærat aliquis? Nempe eo spectat, ut intelligatur, quod supra posui, si quod artifici alicui commisimus, fiat ab alio, aliud factum videri; quia ut omnium artificum non idem ingenium, eadem doctrina & institutio est; ita necesse est non eadem facta atque opera omnium videri, cum de opere ex arte faciendo agetur. Quo posito & illud sequitur, in his omnibus unius factum pro alterius facto solvi non posse, & si factum sit, liberationem non contingere.

XII. Alia caussa est eorum factorum, quæ non constant arte, sed nudam dumtaxat operam & ministerium desiderant, quale est Romam ire, & similia: hæc ab aliquo promissa non minus commode ab alio expediri possunt, ut & ab alio exhibita liberationem debitori præstent. *L. veteris*, *C. de cont. stip*

XIII. Animadvertendum autem est, non simpliciter dici aliud pro alio creditori solvi non posse, sed non posse creditori invito. Recte: nam volenti aliud pro alio recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset. *L. manifesti*, *C. de solut.* Quippe volenti non fit iniuria. *L. nemo videtur*, *D. de regul. iur.* Quinetiam quo minus id recte dicatur, ne impedimur quidem illa regula superiore, quæ solutioni liberationem tribuens exigit solutionem eius quod debetur. Nam & cum alia res solvitur, eadem illi res solvi intelligitur. Solvitur quidem alia res specie: sed voluntas eius eamdem fecit, dum perinde habetur eius voluntate, quasi eadem res illi soluta esset. Ea re enim contentus fuit, quo & ipso illi satisfactum est. Certi iuris est [11] satisfactionem pro solutione esse. *L. sa-*

merces, ut Alc. 2. *Disp.* 25. nec *erasa*, ut Forcat. *Dial.* 1. *n.* 1. Nec distinguendum an debitor reprobos esse sciverit an nescierit, ut male Pileus Modicens. *Q. iuris Controv.* 5. Denique nec pro pecunia massa auri argentive insignata solvi potest, licet contra possit *L.* 1. *§. ult. de auro & arg. Leg.* Pinel *in Rub. C. de resc. vend. P.* 1. *C.* 3. *n.* 14 (Moribus equidem Hispanorum pro pecunia vas argenteum solvi posse testatur Parlad. *d. §.* 17. *n.* 19) Nec pro frumento pecunia numerata vel contra, vid. Io. Koppen. *Q.* 25. & *Q.* 55. *n* 4.

11) *L.* 167. *de V. S.* Satisfactio autem variis modis fit. Nam ad nummorum quoque solutionem pertinet, quia satisfacit qui quoquo modo desiderium creditoris implet *L.* 1. *Qui sat. cog* Et generatim, ut vis verbi indicat, satisfacere est facere quantum alicui satis est: Sed usitate a solutione seiungitur & modos reliquos continet *L.* 49. *in fi. h. t.* & *simil.* quas adducit Briss. initio fere *Lib.* 1. *de Sol. p.* 298. Non tamen simpliciter omnis satisfactio vice solutionis. Nam & expromissore aut pignore dato satisfieri dicitur *§.* 41. *I. de R. D.* sed quia adversarii desiderio plene, iuxta obligationis substantiam satisfactum. Hinc Gœd. *ad L.* 47. *de V. S. n.* 2. contendit *in d. L.* 176. adnexa declaratione restringi dictam regulam ad eam satisfactionem, qua fit quod fieri promissum est. Quod non placet. Contextus enim docet asseri ibi potius aliam acceptionem vocis *solutionis* scilicet generalius acceptæ cum ad obligationem, itemque debitorem passive; aliam verbi solvere cum scilicet ad debitorem active & ad rem passive refertur. Solvit qui dat vel facit quod promisit. Solutio tamen contingit & liberatio etiam quando aliud volenti præstatur. Sticho debito, ex. gr. si Pamphilus volenti & admittenti præstetur, recte dicetur soluta obligatio Stichi, non item solutus Stichus. Recte dicetur exsolvisse se, seu solutus esse a præstatione Stichi, (passive) non recte dicetur solvisse Stichum (active). Satisfactio itaque in *d. L.* 176. *de V. S.* ut & in *L.* 52. *h. t.* per se ex subiectæ materiæ ratione denotat non aliam quam qua obligatio plena dissoluta, ut nec restrictione opus sit. Eoque sensu satisdatio satisfactionis species non est, cum non liberet, sed obliget; nisi ad fideiussorem dandum quis obligatus ob id ipsum satisdederit. Ideoque in *L.* 40. *in fi. h. t.* pro *satisdationis* quod habent Pandectæ Florentini, *satisfactionis* legere malunt Hotom. 6. *Obs.* 15. & *ad L.* 8. *C. de pig.* Don. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 6. Briss. *Lib.* 1. *de Sol.*

A. Fab.

L. satisfactio, 52. *D. de solut.* Sic tamen & hoc ipsum aliud pro alio volenti recte solvitur, si in eo id fiat, quod fieret in eius rei quæ debetur, solutione. Hanc dum solvitur, volumus in solidum fieri accipientis. Idem & in ea re, quæ pro re debita solvitur, fieri debere intelligendum est; ut si alia res soluta non fiat accipientis, & quidem in solidum, non pariat ulla in parte liberationem, *L. si quis aliam*, 46. *D. de solut.*

XIV. Cui consequens est, ut cui ita res aliena soluta est, quæ illi ad solutionem dari debebat, ei pristina maneat actio, non tantum qua experiri possit re evicta, quod tum facere eum posse scriptum est in *d. L. si quis aliam*. Sed etiam statim, ut iam ab initio constitit liberationem natam non esse, indicaturque in *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem*, *D. de solut.* Idem tamen interdum agere potest re evicta utili actione ex empto: quod tunc receptum est, cum is qui pecuniam debebat, pro pecunia speciem, puta fundum in solutum dedit. *L. eleganter*. in pr. *D. de pign. act. L.* 4. *C. de evict.* Ex empto actio in proposito ideo, quia cum res datur pro pecunia, emptio & venditio contrahitur. *L. naturalis*, 1. resp. *D. de præscript. verb.* Sed ex empto tantum utilis, quia si spectatur id quod in proposito principaliter agitur, non potest videri contracta emptio; cum id quod datur pro pecunia, solvendi caussa detur: proinde & negotii distrahendi. Non potest autem idem distrahendi negotii caussa datum videri simul & contrahendi. *§.* 1. *Instit. quibus mod. re contr. oblig. §. penult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* Quo fit, ut dum principaliter non contrahitur iure emptio, nec possit ex ea datione nasci directa actio ex empto. Sed ut principaliter perveniatur ad hanc ipsam solutionem aliam rem dando, necesse est per consequentiam [12] contrahi emptionem. Speciem enim pro pecunia debita dari oportet: atque hoc quoties fit ex consensu, emptionem esse necesse est. Quare erit & ex hoc negotio ex empto actio: quæ quoniam non potest esse directa, relinquitur, ut sit utilis.

XV. Ergo fundo pro pecunia soluto, si fundus alienus est, & ignoranti solutus, duplex erit in hac specie creditori actio eo nomine. Vetus de pecunia debita, & ea statim: item nova ex empto, sed de fundo soluto, eoque non nisi tunc, cum fundus evictus est, ut accidit in omnibus rebus venditis, de quibus ideo agitur, quia non sunt facta accipientis. *L. non dubitatur*, *C. de evict. L. ex empto*, *D. de actio. empt.* Ex quo quid referat creditori utramque dari, apparet. Re enim nondum evicta, plus est in vetere actione: quoniam hac statim agi potest, cum ex empto non possit, nisi re evicta, ut dixi. Contra re evicta etsi utraque actio competere incipit, tamen hoc plus est in actione ex empto, quam in vetere, quod vetere actione tantum agi potest de pecunia credita. Actione autem ex empto in id quod creditoris interest fundum evictum non esse, quod interdum pretium, id est, pecuniam debitam egreditur, si pluris res valeat. *L. evicta*, 70. *D. de evict. L.* in pr. *D. de act. empt.* veluti, si centum debebantur, & pro ea summa fundus in solutum datus sit, qui quo tempore evictus est, valebat centum quinquaginta.

XVI. Interdum etiam invito creditore aliud pro alio recte solvitur: sed hoc non nisi aut necessitas cogat pro commodo creditoris, aut debitor facultatem aliud solvendi aliunde acceperit. Necessitas sæpe cogit pro specie æstimationem solvere: quod accidit, cum aut species debita periit, cuius nomine nihilominus debitor adhuc tenetur, ut cum periit post moram eius, aut cum res quæ debetur, exstat quidem, sed aliena est, & dominus eam non vendit. His casibus res cogit, ut aut nihil præstandum sit creditori, aut si quid præstari volumus, ut certe præstandum est, necesse sit [13] solvi æstimationem, quod & his casibus receptum est.

A. Fab. *ad* 45. *L. pr. de Procur.* Probabiliter sane si antiqui codices suffragantur, ceu testari Accursium refert Hotom. Nil tamen vetat *satisdationis* voculam ibid. ut & in *L.* 21. *§. ult. de pec. const.* sic accipere ut satisfactionem significet. Nec absurde enim dicetur satisdatum creditori pecuniæ ex. gr. fundo in solutum dato, cum is ipse pecuniam ideo acceptam habere possit, tametsi ea non sit alias usitata eius vocis acceptio.

12) Datio in solutum est emptio quæ fit brevi manu. Celeritate enim coniungendorum actuum, is actus qui solvendo, & solum pretii vice reddendo expediendus, quasi per occultum intermortuus videtur, arg. *L.* 3. *§. ultimo de don. int. vir.* Sed ita si modo res pretii & mercis instar habeant, scite Cur. 2 *Conject. ad Fr.* 25. Nec revocari potest res in solutum data *L.* 34. *de pig. act.* nec si postea pluris eam vendiderit creditor, quam quanti accepit *L. pen. C. h.* nisi minor in solutum dederit, per *L.* 10. *C. h.* Sed si promiss tantum, debitor nihilo minus debiti quantitatem offerendo liberatur *L.* 45. *h. t.* quia in eius gratiam cautum ad necessitatem præstationis converti non debet, Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 331. Quid si datio in solutum facta sub conditione si intra sex menses ex. gr. debitor non solvat, non elapso tempore creditor poterit debitum petere, an cogetur res in solutum datas accipere? Cogetur. vid. Tessaur. *Decis.* 247.

13) Sic etsi nummorum facultate carens debitor rerum suarum emptores facile non reperiat creditor in solutum debitoris possessiones, iusta prius æstimatione, accipere cogitur *Nov.* 4. *C.* 3. *& N.* 120. *auth. hoc nisi C. h. t.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol. §. hactenus qui solvant p.* 329. *& seq.* vid. Parlador. *d. §.* 17. *n.* 22 *&* 2. *seqq.* Tessaur. *Decis* 153. Io. Koppen. *Q.* 55. *n.* 14. *& seqq.* Iac. Schuitbef. *Q. pract.* 42.

eſt. *L. in re furtiva*, *D. de condit. furt.* *L. ſi domus*, *§. qui confitetur*, *D. de legat.* 1. Sed & facultatem aliud ſolvendi ſi debitor aliunde accepit, recte in ea re ſuo iure utitur.

XVII. Accipit hanc poteſtatem aut lege, aut teſtamento, aut conventione. Lege in maleficio ſervi: quo nomine ita dominus tenetur noxali actione, ut ſolum æſtimationem damni debeat; iure tamen hoc ei tribuatur, ut ſervum noxæ dedendo liberetur. Faciamus dominum noxali actione conventum in æſtimationem damni ſolum condemnatum eſſe, neque provocaſſe. Placet recte condemnatum videri: ſed nihilominus licere condemnato defungi noxæ deditione, atque ita aliud quam debet, ſolvendo liberari: ſcilicet, quia hæc ſolutio ei lege tribuitur, *L. miles*, *§.* 1. *D. de re iudic.*

XVIII. Teſtamento eadem facultas eſt heredi in legato huiuſmodi: heres meus Titio penum dato; ſi penum non dederit, decem dato. Hoc legatum ſic acceptum eſt, ut ſi heres interpellatus in præſtanda penu moram fecerit, ſtatim incipiat ſola decem debere. Et tamen placet, ſi ante litem conteſtatam penum ſolvat, eum liberari. *L. ſi penum*, *D. quando di. leg. ced.* *L.* 1. *D. de pen. legat.* In quo apparet liberari eum aliud ſolvendo, quam debuit. Sed ideo, quia initio debuit penum dare, cuius & præſtandæ poteſtas ei a teſtatore facta eſt. Hanc poteſtatem heres ante litem conteſtatam non amittit, quia ante licuit purgare moram. *L. ſi ſervum*, *§. ſequitur*, *D. de verbor. obligat.* Lite autem conteſtata ideo amittit, quia hoc facto res tranſit in novam obligationem & actionem iudicati: iudicio enim accipiendo contrahitur, ut litis conteſtatione. *L.* 3. *§. idem ſcribit*, *D. de pec.* Hæc actio illi invito adimi non poteſt.

XIX. Conventione hæc eadem facultas accipitur in ſimili ſtipulatione; penum dabis? ſi penum non dederis, centum dabis, ut illa ſolum debeas? Nam & hic mora facta in penu præſtanda promiſſor ex conventione decem ſola debebit. *L. ita ſtipulatus*, in fin. *D. de verbor. obligat.* Sed qui facultatem penus præſtandæ ab initio acceperat conventione, eamdem & mora facta ante litem conteſtatam retinebit, ut liceat ei pro decem quæ ſola debet, penum ſolvere, & ſolvendo liberari. Eadem facultas promiſſori in faciendi obligationibus, quo in genere ſi factum non ſit, quod debuit, incipit ſola pecunia deberi, quanti ſtipulatoris intereſt. *L. ſtipulationes non dividuntur*, verſ. *Celſus*, *D. de verbor. obligat.* Placet tamen debitorem ante litem conteſtatam faciendo liberari. *L. ſi inſulam*, *D. de verbor. obligat.* Nempe quia faciendi poteſtatem ab initio conventione acceperat, quam ceſſatione ſua non amittit ante litem conteſtatam, ſi emendet moram. Eadem aliud ſolvendi poteſtas ex conventione eſt, cum ita ſtipulor, mihi Stichum, aut Titio Pamphilum dari. Hic enim certi iuris eſt Pamphilum Titio non deberi; quippe extraneæ perſonæ, cui ſtipulari non potuimus, *§. plane*, *Inſtit. de inut. ſtipul.* Et tamen placet promiſſorem Titio Pamphilum dando, proinde aliud quam debet ſolvendo liberari: hoc Paulus in *L. qui res*, *§. mihi Romæ*, *de ſolut.* ubi & tacitam obiectionem diluit. Diceret enim aliquis, regulam iuris repugnare, quæ dictat, rem pro re, factum pro facto ſolvi non poſſe. Ille reſpondet hic factum pro facto non videri ſolvi, ſed electionem promiſſoris compleri. Quod ſic accipiendum eſt, ut non ideo liberetur hac præſtatione promiſſor, quia factum pro facto ſolvat, ſed quia electio ei data ſit, ut ſolvat aut quod debet, aut aliud pro eo; quod, poſterius dum eligit, electione ſua utitur, & ut loquitur Paulus, electionem ſuam implet: quod illi facere conceſſum eſt. Cæterum re vera hic aliud quam quod debetur, ſolvitur pro eo quod debetur. Itaque hoc idem paulo explicatius dixerimus hoc modo: Sane vero hic aliud non debitum pro eo quod vere debetur, ſolvitur, prodeſtque ad debiti ſolutionem: ſed ideo ſolvitur, quia electionem & poteſtatem id ſolvendi promiſſor ex conventione accepit.

CAP.

CAP. X.

In personis solventis & accipientis quis solvere, & cui solvi possit ad iustam liberationem.

Contrariis occurritur; & L. fugitivus 19. D. de solut. *illustratur*. XLII.
Qui alii solvit per errorem, sed sciens cum quo contraxit, nisi domini ratihabitione secuta, non liberatur. XLIV.
An tali modo solutum condici possit statim, aut tum demum cum negata ratihabitio: XLV.
Et quando negata videri possit. XLVI.
Quod quis alii solvit, eo animo ut creditori solutum velit, si ad hunc pervenit, etiam citra mandatum aut ratihabitionem, liberat debitorem. XLVII.
Dos patri soluta sine consensu filiæ, si in huius rem versa a patre, debitorem liberat ope exceptionis. XLVIII.

I. NE hoc quidem satis ad iustam solutionem, præstari aliquid, & præstari id quod debetur. Tertium exigimus, ut quod debetur, ita præstetur ut debetur. Nam & hoc ipsum obligationis pars est, ut quod inde præstari debet, præstetur ad eum modum, qui comprehensus est obligatione. Id autem positum est partim in personis eorum, inter quos solutio transigitur, partim in circumstantiis solvendi. In personis, ut sit qui recte solvat, & sit cui recte solvatur. In circumstantiis solvendi, ut solvatur, quo tempore, quo loco, & quantum, oportet. Personæ ut ostendi, inter quas res transigitur, sunt is qui solvit, & is cui solvitur. In quibus primum quis recte solvat, videamus.

II. Et cum eum esse necesse sit aut debitorem ipsum, aut alium, qui solvat nomine debitoris: de debitore non dubitatur, quin is recte solvat, & solvendo se liberet, si nihil aliud impediat in bonorum administratione: cum is solus sit, quem ex obligatione præstare oporteat. *Inst. quib. mod. tol. oblig.* in princ.

III. Sane si cui bonorum suorum administratio & alienatio adempta sit, hic propria de caussa [1] solvere prohibetur: quia solvendo alienat, cum dixerimus neminem rem alienam solvendo liberari. *L. cum quis*, §. *qui hominem*, *D. de sol.* Inde dictum, pupillum sine tutoris auctoritate nec [2] solvere posse, quanvis eo spectet solutio, ut liberetur. *L. quod si*, 14. §. *ultim. D. de solut. L. obligari*, §. *pupillus*, *D. de auct. tut.* Prius est enim, ut alienet: pupillus autem sine tutoris auctoritate nihil potest alienare, nullius rei dominium transferre. *d. L. obligari*, in princ. & §. *pupillus*. Ita eveniet, ut nummis a pupillo sine tutoris auctoritate solutis, si extent, quia pupilli manent, vindicari possint. *d. L. quod si*, 14. §. *ult. de solut.* Sed si consumpti erunt a creditore, non poterunt condici. Sive enim condictionem indebiti quærimus, hac pupillus uti non potest, quia nummos solutos debuit: sive condictionem sine caussa, ne huic quidem locus est, quia iusta ex caussa debitos & solutionis caussa creditor accepit: sive condictionem ob caussam caussa non secuta, & hanc inutilem facit creditor, qui nummos accepit ob hanc caussam ut pupillum solutione liberaret, & se illum liberare ostendit. Quare ne hæc consumptio pupillo noceat, postquam prius obtineri non potest, ut repetantur nummi soluti: alterum saltem illi relinqui debet, quod & maioribus tribuitur, ut nummi soluti & consumpti pro solutione cedant, atque ita liberetur pupillus, quod & placuit *d. L. quod si*, 14. § *ult. de sol. d. L. obligari*, §. *pupillus*, *D. de auct. tut.* Exemplo pupilli idem & de omnibus intelligendum est, quibus non est bonorum suorum alienatio permissa: de quibus amplius postea in creditore, in quo & hæc ipsa conditio personæ solutionem impedit, ut quod illic dicetur de eo creditore cui solvi potest, aut non potest, id ad debitorem multo iustius transferri debeat: quem constat solvendo pecuniam ipsam alienare. Sed demus debitorem, quem nulla res prohibeat de re sua statuere, ut velit: huic, inquam, qui debet, nemo dubitat, quin ius sit solvere, cum id ipsum ut solvat, obligatio ab eo exigat.

IV. De alio qui debitor non sit, potuit dubitari, nam & hic potest pro debitore solvere. De eo qui mandatu & iussu debitoris id faciat, non loquor: cuius solutionem non minus ratam esse convenit, quam ipsius debitoris: *L. restituta*, in fin. pr. *D. ad Treb.* cum debitor, qui per alium solvit, videatur per se ipse [3] solvere. *L. 5. §. gessisse, D. de admin. tut.*

C, qui

1) Distractus in plurimis eiusdem naturæ, cuius est contractus. Unde fere quibus contractus prohibetur, iisdem & liberatio, ut renunciatio, de quo Tiraq. *in LL. Connub. Gl.* 5.

2) Et si rem promiserit vel debeat, quæ sine decreto alienari nequit, requiritur prætoris interventus, sine quo, nec tutore auctore, solvere licet, per *L. 5. §. 5. de reb. cur. qui sub tut.* Idem in minore curatorem b[illegible], secus in alio, vid. Zang. *de Except. P. 3. C* [illegible] *& seqq.*

3) *L. 87. L. qui mandat.* 56. *h. t.* ubi voc[illegible] *ipse* habere emphasin, & notare quod mero iure, non pe[r] exceptionem liberatur qui mandavit, tradit C[illegible] 3. [illegible] *ad Fr.* 10. Procurator autem general[illegible] norum ea debita solvere potest quæ exactionem habent, non quæ reten-

C. qui facit, de reg. iur. in 6. Dubitatur de eo, qui ignorante debitore id faciat, aut etiam invito. Quid enim, si hoc casu neget creditor se accipere? nonne videatur audiendus, si dicat extraneo pecuniam offerenti; noli me urgere ut accipiam: nolo a te: & cur me cogas, cum obligatio & actio mea nihil ad te pertineat: & præsertim cum repugnante debitore id facias? An non in re mea quæ ad te nihil pertinet, iniquum est te mihi præscribere, quomodo ego meo iure utar? *L.* 4. *D. ad Treb.* Sed placuit licere cuique pro debitore solvere non solum ignorante, sed etiam invito. *L. solvere*, 53. *L. solutione*, 23. *D. de sol. L. manifesti*, *C. eod.* Quod cum ita dicitur, intelligamus hoc dici, licere etiam creditore invito. Non enim iure liceret, si non liceret, nisi voluntate debitoris facere. Sed & hoc de invito creditore satis significatur in eo possessore, qui rem pignori obligatam possidens eam retinet adversus invitum creditorem, si paratus est solvere pecuniam quæ illi debetur. *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pign.* Non cogetur quidem præcise accipere creditor invitus; nam nec cogeretur debitore ipso offerente; sed ut creditore recusante possit debitor obsignare pecuniam & deponere, eaque obsignatio pro solutinne cedere, de quo postea: ita & extraneo offerenti, si creditor accipere recuset, non minus idem facere licebit ut id cedat pro solutione. Ita quod recta accipere non cogitur creditor, dum a debitore, aut extraneo quovis pro debitore offertur, id obliqua ista via accipere cogitur, dum recusare non potest, nisi velit rem amittere.

V. Neque vero iniquum est ita cogi creditorem. Esset iniquum si in pecunia solvenda illius solum caussa ageretur. Nunc autem agitur caussa etiam debitoris, cui liberatio ea solutione quæritur. Non debet creditor recusare id, in quo eius recusatio ipsi inutilis, non alio spectet, quam ut debitori officiat. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* At enim extranei illius nihil interest pro debitore solvere: nec quisquam audiendus est id fieri petens, quod fieri eius nihil interest, ut declaratur in *L. si quis ab alio*, *D. de re iud.* Imo vero eius interest. Non interest quidem pecuniariter: quamobrem neque hic ullius pecuniæ petitio est: de quo genere petitionis agitur in *d. L. si quis ab alio*. Sed interest ex affectione eo modo, quo Papinianus dixit beneficio affici hominem interesse hominis. *L. servus*. 7. in fin. *D. de serv. exp.* Huius vero affectionis & utilitatis ratio satis est, ut audiri debeat quivis extraneus de debitore liberando sine alterius iniuria sollicitus. Sed an illa solutione liberatur etiam debitor ignorans, aut invitus? Plane illo modo: alioqui non esset solutio pro debitore, si adhuc debitor obligatus maneret: idque ita expressum est in *L. solutione*, 23. *D. de sol. Institut. quib. mod. tol. obligat.* in princ. Indicaturque apertius hic affectus in *L. si pro me*, 40. *D. de sol.* cum pecunia pro ignorante soluta dicitur pignoraticia debitori statim acquiri, & pignus prætorium tolli. Quorum nihil fieret, nisi debitor ea solutione esset liberatus. *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. act. L. in omnibus*, 43. *D. de sol.* Ergo invito beneficium acquiretur, inquies, quod est contra regulam iuris, quæ docet invito beneficium seu liberalitatem non acquiri. *L. invito*, *D. de reg. iur. L. hoc iure*, §. *non potest*, *D. de donat.* Sane acquiretur invito: sed non contra regulam superiorem iuris; quæ de iis scripta est quæ recta cuiquam acquiruntur: ad ea autem quæ acquiruntur per consequentiam, non pertinet. Quod enim beneficium quæve acquisitio in aliqua re, aut alicuius persona primo recte constitit, nihil prohibet, quominus eius commodum per consequentiam ad alios etiam ignorantes atque invitos pertineat; ut ostendi pluribus ad *L. servus vetante*, 62. *D. de verb. oblig.* Exempli gratia, si quid servus vetante domino stipulatur, tamen domino acquirit: *d. L. servus*. Nempe ideo quia primo & principaliter obligatio acquiritur servo: quæ postquam illi quæsita est, conditione personæ fit, ut ab eo statim ad dominum transeat. Hoc ipsum & in solutione extranei licet animadvertere, cum is pro invito solvit. Nam solutum creditor principaliter accipit; in cuius persona recte consistit solutio. Hac constituta accidit per consequentiam rei gestæ, ut solutionis commodum etiam ad debitorem pertineat; cuius vis hæc est, ut re soluta & debitor & accessiones omnes liberentur. *L. liberationis*, *D. de verb. signif. L. in omnibus*, *D. de sol.*

VI. Illud tenendum erit, ita demum debitorem aliena solutione liberari, si quis solvat nomine debitoris. Alioqui si quis pecu-

retentionem tantum. Non enim verisimile est, dominum mandaturum fuisse ut naturalibus debitoribus solvat, arg. *L.* 46. *de procul.* Quod & Bart. in *L. legavi* 35. *de lib. leg.* ad executores testamentorum trahit, cuiusque opinio prævaluit, teste Briss. *Lib.* 1. *de bo nt. p.* 304.

pecuniam quanvis meam, & ita acceptam, ut eam creditori meo solveret, suo nomine dederit, me non liberat, quia meo nomine non dedit. *L. Cassius*, 17. *D. de sol.* Similiter etsi ex iis qui fideicommisso obligati virilem tantum portionem inferre debuerant; quidam per errorem plus debito intulerint, non ideo cæteros eatenus liberatos esse placuit: quia scilicet quod amplius esset solutum, aliorum nomine solutum non esset. *L. Paulus*, 101. *de sol.*

VII. Ac de eo qui recte solvat, satis: sive is debitor est, sive extraneus qui solvat pro debitore. Deinceps cui solvi possit, videamus. Et cum obligatio omnis certum habeat qui debeat, & certum, cui debeatur: quemadmodum eum qui solvit, oportet aut debitorem esse, aut alium qui solvat nomine debitoris; sic eum cui solvitur, aut [4] creditorem esse oportet, aut alium cui creditoris nomine solvatur. Ac de utroque itidem ut supra in eo qui solvit, distincte consideremus. Sit ergo primum creditor, seu is cui ex obligatione debetur. Huic recte solvi, vel ipsa obligationis conditio satis indicat. Is enim est, cui ex obligatione dari fieri oportet, id est in summa, præstari quod in obligationem deductum est. Hoc autem præstare, ut supra dixi, solvere est. Et huic recte solvi confirmatur in *L. solutum*, 49. *D. de sol. L. invito, C. eod.*

VIII. Sed & hoc eadem illa conditione receptum est, quam in debitore solvente supra diximus, si quidem is cui solvitur, bonorum suorum administrationem liberam habuit. Quod si cui bonorum alienatio sit interdicta, huic non magis solvi potest ad liberationem, quam debitor, qui in eadem caussa sit, solvere, ut sub persona pupilli creditoris declaratur in *L. pupillo*, 15. *de sol.* Neque hoc absurde dici videatur, ei qui res suas alienare non potest, hoc ipso non posse recte solvi; quasi qui solutum accipit, non alienet, sed potius acquirat: qui autem alienare res suas vetantur, non prohibentur acquirere. *Inst. de auct. tut. L. obligari, D. eod. L.* 6. *D. de verb. obl.* Sane enim cui pecunia solvitur, pecuniam acquirit; sed idem rem aliam suam alienat, si debitorem solutione liberat. Alienat enim illo modo obligationem & actionem, qua prius debitorem sibi obstrictum habuit, quæ nunc solutione tollitur. Hæc vero res est, cuius alienatio illi est interdicta: proinde & liberatio solutionis caussa. Et ne temere interdictum putemus, quasi in debitore liberando nullum sit damnum aut periculum domini, si pecuniam eo nomine solutam accipiat: sæpe domini interest magis actionem de pecunia [5] retinere, quam hac sublata pecuniam solutam accipere. Nam pupillus exempli gratia, pecuniam acceptam aut male consumere, aut sine culpa amittere potest variis casibus; qui si pecuniam non accepisset, semper actionem integram haberet adversus debitorem.

IX. Bonorum suorum alienatio, ut suo loco diximus, his adempta est: furioso, prodigo, *L.* 1. *L. Iulianus*, *D. de curat. fur.* pupillo, qui quid imminuat, aut imminutionis periculum aliquod subeat sine tutoris auctoritate. *L. pupillus*, *L. obligari*, *D. de aut. tut. Instit. eod. tit.* Item adolescenti curatorem habenti, si quid eorum fecerit sine auctoritate tutoris. *L.* 3. *C. de in integr. restit. min.* Proinde si quid furioso debebitur, solvi ei non potest. In quo etiam hoc conditio personæ proprie efficit diversum a conditione minorum, ut furioso solvi non possit, neque soli, neque accedente auctoritate tutoris aut curatoris, uti nec aliud ullum negotium cum furioso geri: quia furiosi nulla voluntas est, quam tutoris aut curatoris auctoritas confirmet. *L. in negotiis*, *D. de regul. iur.* Plane si furioso datum postea tutor aut curator in eam caussam accepit, magis est ut tutori ipsi vel curatori solutum videatur: quo facto solutio procedet: tutori enim & curatori solvi potest, ut postea dicetur. Prodigi in bonorum administratione, cum de minuendo alienandove agitur, per omnia comparantur furioso. *L. furiosi*, *D. de regul. iur.* In pupilli persona hoc servatur, ut si infantiam excesserit, quia intelligit quod agitur, quidvis cum eo geri possit, tutore auctore, etiam si alienationem adiunctam habeat. Sine tutoris autem auctoritate ut nihil cæterarum rerum alienare potest pupillus, ita nec pupillo eadem de caussa solvi posse placuit. *d. L. pupillo*, 15. *de solut.* Quo exemplo intelligemus idem probandum esse in adolescente, cui solvatur sine curatoris sui auctoritate. *d. L.* 3. *C. de in integr. restit. min.* Etsi autem cum adhibita est tutoris aut curatoris auctoritas, ipso iure valet, quod cum minoribus geritur, in quo est pecuniæ solutio: tamen ev[illegible]

ne

[4] Et si duo rei credendi alterutri solvi potest *L.* 3. *in fin. de duob. reis.*

[5] Ita & Briss. *Lib.* 1. *de sol. p.* 306. Et si [illegible] intersit solvi, tamen facilitate ætatis perdita profusave pecunia lædi potest.

ne sic quidem tuto his solvitur. Possunt enim pecuniam acceptam male consumere: potest illis pecunia aut furto aut vi amitti. Quæ si acciderint, possunt sine metu exceptionis eamdem pecuniam petere. §. *ult. Inst. quib. alien. lic. vel non*, Idque consequuntur beneficio ætatis per in integrum restitutionem. *L. 1. C. si adver. solv.* nec quo minus consequantur, illis obstat, quod tutor aut curator [6] intervenerit. *Titu. C. si tut. vel curat. interv.*

X. Excepit Iustinianus reditus annuos, & cuiusvis alterius rei [7] pensiones; quas voluit tutore aut curatore auctore minoribus tuto solvi, ut nullo casu postea eo nomine debitores qui solverunt, inquietari possunt. Hoc ille in *L. sancimus, C. de administr. tut.* Idem in cæteris rebus eadem lege ita cavit debitoribus ad plenam securitatem, ut si tutoribus aut curatoribus solverint, cum prius sententia iudicis præcessisset, quæ eos solvere iuberet, deinceps solventes sint [8] securi. Id autem ita facile consequetur debitor, si impetret a tutore aut curatore, ut iudicio conveniatur de pecunia solvenda: ac cum eo sponte, & sine impensa venerit, ibi conventus statim fateatur se debere, & dicat paratum se esse solvere. Hic enim adversus confitentem non aliud officium iudicis esse potest, quam ut iubeat eum solvere. *L. si debitori, D. de iudic.* Hæc vero sententia est, ex qua si debitor solvit, deinceps non potest inquietari: Hoc in *d. L. sancimus, C. de administr. tutor.* cuius sententia expressa est in §. *ex contrario, Institut. quib. alien. lic. vel non.*

XI. Sed utcunque non intervenerit hæc sententia, licet eamdem pecuniam sibi solutam petere adhuc minor potest aut iure ipso, aut per in integrum restitutionem: tamen si petat, exceptione doli mali removetur, si aut pecunia adhuc apud eum salva est, aut ea consumpta factus est ex ea locupletior. §. *ex contrario, Instit. quib. al. lic. vel non. L. de pupillo, D. de solut.* Et iure removetur his casibus. Nam si exceptio doli ex hac caussa est, si quis quid petit per occasionem iuris civilis contra æquitatem naturalem, ut est; *L. 1. D. de dol. mal except.* palam est ei exceptioni in proposito locum esse; ubi qui locupletior factus est eamdem pecuniam petit, iure quidem summo petit; sed petit contra æquitatem naturæ, quæ dictat neminem fieri debere locupletiorem cum detrimento alterius. *L. nam hoc natura, D. de cond. indeb.* Nec mirum, si minor

6) Consentit Briss. *Lib. 1. de Solut. p.* 310. *per d. L. 1, C. si adv. sol. L. 2. C. si tut. vel cur.* & quia intotum auctoritas pupillorum gratia comparata in odium verti, & restitutionis auxilium impedire non debeat, & Gomez 2. *Resol.* 14 *n.* 4. Io. Mauric. *de Restit. in int. C.* 176. *& seq.* qui tamen si curator sit solvendo, cessare vult restitutionem. Diss. A. Fab. *ad L. 7. §. 2. de min. &* 17. *Coniect.* 13. *&* 1. *Iurispr.* 12. *Pr. 7. ill.* 43. Quia perpetuum ut qui potest exigere, possit liberare *L.* 10. §. *ult. & seq de pact. L.* 12 *h.* 1. Inique enim cogeretur debitor solvere, nec ei quid imputari potest. Resp. Imo non cogitur ut solvat sine iussu iudicis, iusteque eum tutor desiderat. Ni fecerit, sibi imputet cautione sibi proposita *d. L* 25. non usus. Ast occinit Faber agi in *d. L.* 25 de solutione facta nondum habenti tutorem, aut curatorem per verba illa *creationem tutorum &c. procedente*, id est dum proceditur ad creationem tutorum. Sed eorum alius non est sensus, quam tutoribus rite ac legitime constitutis, aliter solvi tuto non posse, quam iudicis iussu prævio. Alias quid novi Iustinianus sanxit, quam subtilitatem observationis, ut ipse vocat, induxit. Dudum id ante Iustinianum iuris ex vulgatissimis regulis, nullum plane negocium pupillum tutore destitutum inire posse, nisi si quando defectum tutoris iudicis præsentia suppleat. Sed quid multis. Ipse auctor & Imperator interpres verborum suorum omni exceptione potior in *d. §. ult.* vers. *at ex contrario* diserte sua constitutione se disposuisse testis est, *ita licere tutori &c. debitorem solvere ut prius iudicialis sententia hoc permittat*. Facesset iam Fabri violenta & contorta expositio: loqui equidem *d.* vers. de habente tutorem, sed solutione sine tutore facta, eo quod Imperator se ad *d. L.* 25. referat. Eho an non hæc pugnantia sunt. *L. 25. de adm. tut.* loquitur de non habentibus tutores. Ad *d.* vers. *at ex contrario*, quo eiusdem constitutionis summa refertur, de habentibus. Videat Faber quo ferro hunc nodum discindat. Facessat argutia, verba illa quæ retuli, hoc velle: Tutorem non posse liberare debitorem, qui antea solvit pupillo, sine sua auctoritate, quia non scripsert Imperator *ita licere debitori solvere*, sed ita *licere tutori debitorem solvere*. Quam fragilia hæc. Uno equidem, quod sciam, loco *solutus* dicitur debitor, qui liberatus *L.* 116. *de V. S.* Solvere debitorem, id est ab obligatione dimittere nondum me legere memini. At recte ita dicatur, non repugno, rara ea, certe tyronibus non obvia, significatio. Hoccine Imperator de industria egit, ut clariora cum suppeterent verba, obscure mentem suam proderet, nec facile eruendam, nec illi loco, vel cognita & accepta ista vocis acceptione, nisi præsuppositis & subauditis multis, accommodam. Nihil vero illatinum vulgato & ex ipsis verbis aperto sensu retento. Nec necesse est *licere* referre ad debitorem contra constructionis leges, sed ita licet exponere *licere*, id est permitti *debitorem solvere* &c. Cuiusmodi formulas quis reperiri inficietur, quis Iustiniani cum primis tempestate, multum imminuto Latii decore, insolentes dicat. Sed gravius torqueamus telum. Fatetur Faber, nec negare integrum, in *d.* vers. *at ex contrario* remittere Imperatorem ad *d. L.* 25. At ubi in ea constitutione vocula, syllaba, apex ullus de tutore liberante debitorem aut acceptum ei ferente, qui ante pupillo se non auctorante, solvit. Quin ei aperte plenissimam securitatem tribuit debitori ad iudicis pronunciationem persolvente. Nihil de eo, qui ante pupillo numeravit solo, quem iudex ideo per tutorem solvi, id est liberari obligatione, iubeat. Denique ad *d. L. 1. C. si adv. sol.* Resp. Faber restitutionem illic concedi non ut iterum solvat tutor, qui fuerat, quasi solutio prius facta curatori non plenissime liberet; sed si probetur male redditas tutelæ rationes. Verum hac ratione L. illa nihil minus quam conveniens titulo. Diss. quoque Vasquez 3. *Contr. usufreq.* 66. *n.* 4 & *C.* 67. *toto* Gutierez. *de tutel. P.* 2. *C.* 22

7) Quia enim in iis consistunt alimenta minorum, expedit, solutionem non diu differri. Molestumque esset quotannis ea de re adire iudicem, Duar. *ad tit. C. si adv. sol.*

8) Idem est, iure quoque veteri, etsi iudicis iussu solvatur tutorem non habenti *L. 7. §. 2. de minor.* quia, ut ibi Accursius facit licitum quod alias illicitum; Absurdumque non impune solvere quem Prætor cogit *L. 6. §. 6. Qua in fr. cred.* A. Fab. *ad d. §.* 2. Briss. *Lib. 1. de Sol. p.* 307. diss. quodam modo Io. Mauric. *de Resti. in int. C.* 177. *n.* 7. *& seq.*

minor solutione locupletior factus iterum petens exceptione repellitur; cum ultro adversus eum futura fuerit actio, si quid non solvendi caussa in eum contulissemus, quo factus esset locupletior: puta negotiis eius utiliter gestis, aut pecunia ei credita, quæ in rem eius versa esset. *L.* 3. §. 1. *D. de neg. gest. L. pupillus, D. de auct. tut. L. naturaliter*, §. 1. *D. de cond. ind.* Cui autem ex aliqua caussa actionem damus, ei ex eadem caussa competere actionem multo magis quis dixerit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.*

XII. Locupletior factus pupillus ex pecunia soluta intelligitur, non tantum si quid paravit ex ea pecunia, & aliis rebus auctus est; puta si ex ea pecunia res emit, quas etiam nunc habet: sed etiam si per eam pecuniam consecutus est, ne in suo fieret pauperior: veluti, aiebat Scævola, si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo 9 erat empturus. *L. in pupillo*, 47. §. 1. *D. de solut.* Finge pecuniam sine tutoris auctoritate solutam pupillo: cum eam invenisset tutor, aut alii, qui in ea domo negotia familiaria procurabant, emisse ex ea pecunia frumentum, vinum, ligna, aut res huiusmodi ad usum & victum familiæ necessarias, quas nisi aliunde habuisset, coactus esset pupillus de suo emere: id frumentum easque res priusquam his uteretur pupillus, casu aliquo periisse; puta incendio, aut incursu hostium latronumve. Dicemus nihilominus eum hactenus locupletiorem factum: ut si deinde pecuniam petat, æque exceptione possit removeri, ac si res adhuc exstarent. Hoc ideo, quia nisi pecunia soluta ad eam emptionem usus esset, tantumdem coactus esset de suo erogare: quod ideo nunc habet, quia non erogavit, alioqui amissurus, idque consecutus est beneficio pecuniæ solutæ. Nihil interest, per eam pecuniam rem aliquam nunc primum acquiras, an eam quam alioqui amissurus fueris, retineas: cum nemo videatur rem habere, quam retinere non possit. *L. non videtur, D. de acq. poss.*

XIII. Utrum pupillus locupletior sit, nec ne, quo in hac re exceptione summoveri possit, aut non possit: aut nobis agentibus quo conveniri possit tanquam locupletior, aut contra non possit: placet eo tempore spectandum, quo agitur, seu tempore litis contestatæ. *d. L. in pupillo*, 47. *de sol. L. litis, D. de nego. gest.* Itaque si proponas pecuniam acceptam pupillo priusquam de ea ageret, periisse: quandocumque eam petet postea, recte petet, & sine metu exceptionis: quia quo tempore agit, apparet eum locupletiorem non esse re iam ante amissa. Idemque est, si ex pecunia paraverat res non necessarias, & quas non cogebatur de suo emere, & eæ similiter ante litem contestatam perierint. Quod si quo tempore agit minor, & litem contestatur, pecunia adhuc apud eum salva est, aut res exstant ea pecunia paratæ, ita removebitur exceptione, ut quanvis inter moras iudicii res illi perierint, & desinat esse locupletior, nihilominus perpetuo ei noceat exceptio, & debitor absolvatur: & hoc, quia verum est eum locupletiorem fuisse tempore litis contestatæ: quod tempus in hac quæstione inspicitur. Hæc vis est exceptionis; quæ cum opponitur (quod fit tempore litis contestatæ) dicit debitor minorem, qui agit, ex pecunia soluta locupletiorem factum, verbis in illud tempus collatis. Quod si tunc verum fuit, necesse est exceptionem perpetuo vim suam obtinere, quisquis erit eventus postea: quia etsi minor postea locupletior esse desinet; non tamen efficietur unquam, quin verum perpetuo maneat minorem locupletiorem fuisse tempore litis contestatæ, de quo exceptio concepta est. Et ex eo tempore exceptio æstimatur, quoniam & de eo solum affirmat, nihil de futuro. Idque est, quod nonnullis rescriptis legimus, præscriptionem, id est, exceptionem cum res iudicatur, in præteritum æstimari. *L. moræ, C. de rei vind. L. nec bona, C. de præscr. long. temp.* Id enim hanc significationem habet, cum in re iudicanda de veritate exceptionis æstimanda agitur, veritatem eius æstimari non ex eo tempore quo res iudicatur, sed retroversus ex eo tempore, quo exceptio in iudicium deducta est, de quo tempore & illa affirmavit.

XIV. Quæsitum est de reo capitis postulato, essetne & hic in eadem caussa cum superioribus, ut & ei bonorum suorum alienatio sit interdicta: quo admisso eveniat, ut nec ipse de suo possit solvere, si debeat; nec ei solvi, si quid ei ab alio debeatur: quia & liberatio solutionis caussa interposita sit species alienationis. Nec abs re dubitatum est: quoniam si reus damnetur, futurum est, ut damnatione publicentur bona damnati. *L.* 1. *D. de bon. damnat.* quæ damnatio existimari potest

9) Quando tantundem de suo erogaturus, etsi nummos solutos non accepisset. Item si per hoc debito liberatus, si iussit debitorem suum solvere suo creditori, quæ species est *L.* 66. *h. t.* Facit *L. penult.* §. *ult. de reb. eor. qui sub tut.* Bruss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 307. *& seq.*

test retro trahenda ad id tempus, quo res cœpit deduci in accusationem. Sed hoc non placuit, obtinuitque contra omnes cuiusvis criminis etiam capitalis reos, reatu ipso bona sua administrare, ut ante posse: proinde nihil prohibere his interim recte pecuniam a debitoribus solvi, *alioquin*, inquit Papinianus, *plerique innocentium necessario sumptu egebunt*. *L. aufertur*, *§. in reatu*, *D. de iur. fisc. L. reo*, 41. *D. de sol.* Qua ratione nec illud prohibitum videri debet, ne a reo criminis postulato creditori solvatur. *L. sed nec*, 42. *L. quanvis*, 45. *§.* 1. *de sol.* Exceptum est crimen læsæ maiestatis: de quo ita est ius Romanum, ut ex quo quis tale crimen contraxit, nihil possit [10] alienare, eoque nec solvere ipse, nec ei solvi a debitore. *L. ult. C. ad leg. Iul. maiest.* His exceptis si creditori solvitur, recte ita definiemus de solutione & liberatione iusta, si quis est creditor sanæ mentis, maior viginti quinque annis, non reus læsæ maiestatis, huic sine cuiusquam alterius auctoritate ad plenam debitoris liberationem recte solvi.

XV. Usque adeo, ut quanvis creditor postea in ea caussa esse cœperit, ut desinat esse creditor & dominus actionis, nihilominus rata sit solutio, nec debitores possint inquietari. Hæc mutatio creditoris accidere solet in herede se abstinente; in herede hereditatem ex fideicommisso restituente: in reo capitis postea damnato. Uno exemplo ex his res plana fiet. Filius pupillus aut minor annis viginti quinque patri suo heres suus exstitit. Heres factus a debitoribus hereditariis pecuniam accepit: deinde beneficio ætatis se abstinet: quod eum facere posse constat. *L. necessariis*, *D. de acq. her.* Ea abstentione eo res redit, quasi nunquam heres fuisset, & solus sit heres, qui postea hereditatem adibit. *L. pro herede*, *§. penult.* in fin. *D. de acquir. her.* Placet nihilominus debitores, qui tunc ei solverunt, cum vere creditor esset, omnino esse liberatos, nec eventu infirmari liberationem, quæ semel perfecta rata manet. Hoc in *L. filius*, 90. *D. de sol.* Idem scribitur in *L. antepen.* 104. *D. eod.* de solutionibus & liberationibus factis ab herede ante restitutam hereditatem: has scilicet & restituta hereditate ratas haberi. Et de reo criminis postulato cum diximus interim ei solvi posse; satis significatur, quanvis damnetur postea, & damnatione bona ad fiscum redeant, nihilominus solutiones in reum collatas ratas manere. Diciturque hæc sententia ex regula iuris certi, quia placet, quæ semel recte gesta & perfecta sunt, non intercidere, licet ille casus exstiterit, a quo incipere non poterant. *L. furiosi*, *Inst. quib. non est per. fac. test. L. in ambiguis*, *§.* 1. *D. de reg. iur.*

XVI. Hæc de creditore, cui solvi velimus. De alio, cui nomine creditoris recte solvi possit, cognoscamus. Et non eadem hic caussa est eius qui solvit, & eius cui solvitur. Alius quam debitor pro debitore recte solvit, & quidem pro ignorante, atque adeo invito, ut ante diximus. Alii quam creditori non licet solvere. *L. invito*, *C. de solut.* *§. recte*, in fin. *Instit. de mand.* Cur hoc tam dissimiliter: cum alius qui debitor non est, non magis ad obligationem pertineat, quam alius qui non est creditor? Et hæc ratio redditur a veteribus, quod pro debitore solvendo eumque liberando meliorem eius conditionem facimus: alii autem solvendo, siquidem liberatur debitor, facimus conditionem deteriorem creditoris, cui hoc modo suam actionem adimimus. Naturalis simul & civilis ratio suadet alterius conditionem meliorem etiam ignorantis & inviti facere nos posse; deteriorem non posse. *L. solvendo*, *D. de neg. gest. L. solvere*, 53. *D. de sol.*

XVII. Sane in deposito hoc accidit, ut si is qui lancem deposuerat, decesserit pluribus heredibus relictis, possit qui acceperat, lancem uni restituere, vel iubente prætore, vel sine prætore sine dolo malo, & liberetur. *L. si stipulatus*, 81. *§.* 1. *D. de sol.* Hoc ideo, quia restitutio quæ divisionem non recipit, debetur singulis in solidum: qua præstita ideo liberatur ab aliis heredibus debitor, quia sine dolo malo rem uni solvit, solvendo rem habere definit. Nihil autem in re deposita reddenda amplius præstare debet depositarius, quam dolum. *L.* 1. *§. ult. D. depos.* Cæterum si quod debetur, solvitur alii quam cui debetur, quanvis nomine creditoris, nulla liberatio est. Sed hoc in alio, cui nomine creditoris solvitur, sic accipiemus, nisi alius iste pro creditore habeatur, ut dum illi solvitur, perinde sit, quasi solvatur creditori. *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de sol.*

10) *L. ult. de bon. damnat.* quia ex ipso die criminis nihil ex bonis suis alienare potest *L.* 20. *de Accusat.* Quare idem erit in repetundarum reo, per *d. L.* 20. *iunct. L.* 5. *§.* 5. *de reb. eor. qui sub tut.* Exemplum apud Plin. *Lib.* 3. *Epist. ad Minutium* Briss. *Lib.* 1. *de Solut. pag.* 300. Diss. Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 1. *n.* 19. *& seqq.*

XVIII. Qui in solutione habeantur pro creditore, eorum duo sunt genera. Quidam in rerum administratione pro dominis habentur iure; quidam domini voluntate.

XIX. Iure tutores & curatores, dum tutelam & curam administrant. *L. tutor qui tutelam, D. de admin. tut. L. qui fundum, §. si tutor, D. pro empt.* Proinde non solum tutori recte solvitur, sed etiam ei concessum est a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso iure liberentur. *L. solutam, D. de solutionib. L. Lucius, §. tutelæ, §. ult. D. de admin. tut.* Et si forte plures tutores sint, licebit uni solvere. Nec intererit, qualis sit tutor; utrum honorarius, an notitiæ caussa tantum datus, an qui tutelam gerat: tamdiuque his omnibus licet solvere, quamdiu non sunt remoti a tutela, neque his administratio interdicta est vel a testatore, vel a magistratu. Quod totum quale sit, pluribus explicatur [11] in *L. quod si forte, 14. §. 1. D. de solutionib.* congruit *L. quæro, 100. eod.* Similiter & curatori omni recte solvitur, quamcunque ob caussam datus sit, *d. L. quod si forte, §. 1.* in fin. *L. solutam, de solutionib. L. pactum curatoris, C. de pact.* & si plures erunt, etiam uni recte solvetur; nisi si alter præsens vetet solvi. *L. consilio, D. de curat. furio.* Quod & in tutoribus recipiendum est. Quæ cum dicimus, apparet hoc dici soli tutori & curatori recte solvi etiam invitis iis qui in tutela vel cura sunt: quibus tamen solis deberi constat. Neque ideo contrarium quis existimet, quod traditur invito creditore alii solvi non posse. *L. invito, C. de solutionib.* Nam ii tutores & curatores in pecunia debita accipienda pro dominis ipsis & creditoribus habentur, ut haberi diximus: quod tutori, vel curatori solvitur, non alii quam creditori, sed ipsi creditori & domino solvi videtur.

XX. Sic tamen his licet solvere, ut iure quidem summo liberentur debitores qui solverint, de qua liberatione diximus: sed si pecunia postea amissa sit, minores, & qui in tutela vel cura sunt, fueruntve, in integrum restitui possint, & eamdem pecuniam iterum petere, nisi ut est Iustiniani constitutio de hac specie, aut iudicialis sententia præcesserit, quæ iuberet tutores vel curatores solvere, aut agatur de redditibus annuis, aliisve pensionibus, quas voluit Iustinianus sine metu futuræ repetitionis solvi posse. Cuius constitutionis & antea meminimus. Ea est *L. sancimus. C. de admin. tut.*

XXI. Voluntate creditoris pro creditore habentur ii, quibus voluntate creditoris solvitur. Voluntas hæc ad eam rem duplex est. Quædam solutionem præcedit, quædam sequitur. Illa iussus est & mandatum creditoris de pecunia non soluta exsolvenda: *L. antepenultim. D. de solut.* hæc ratihabitio, cum in eo quod ignorante aut invito creditore solutum est, postea ipse solutionem ratam habet. *L. vero, 12.* in fin. *de solut.* Quarum voluntatum utra intervenerit ad pecuniam alii solvendam, huic alii recte solvitur, & pecunia illi soluta liberatio contingit, *d. L. vero. L. solutam, 49. de solut.*

XXII. Iubet mandatve creditor alii solvi dupliciter. Aut enim iustum confert in eum cui solvitur, dum ei potestatem facit pecuniæ debitæ exigendæ, & accipiendæ: aut confert in debitorem, dum ei potestatem facit alii solvendi. Quibus potestas fit pecuniæ exigendæ accipiendæve eorum tres sunt species: in liberis hominibus procurator, in servis actor, ex his qui sunt in alterius potestate ii, quibus dominus aut pater peculium habere permisit; atque his etiam hactenus recte solvitur.

XXIII. Vero procuratori hac de caussa recte solvi constat. *d. L. vero, 12. L. solutam, de solution.* Est enim procurator, qui mandatu & voluntate domini negotiorum negotia eius administrat. *L. 1. D. de procur.* Verum procuratorem dixit Ulpianus, non quod falsus procurator sit procurator; sed ne eum intelligeremus, qui nullo mandato interveniente se ultro negotiis alienis offert: qui interdum abusive procurator dicitur: cui sane non magis utiliter solvitur, quam si omnino negotia creditoris non gereret. *L. qui hominem, 34. §. si nullo, de solution.* Procuratorem in hac caussa intelligere debemus eum, qui procurator sit in pecuniis exigendis accipiendisve, de quarum solutione agitur. Is autem est, cui mandatum

11) Protutori autem non solvens non liberatur, nisi pecunia in rem pupilli pervenerit *L. 28. h. t.* Exceptiones tres adfert A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Pr.* 8 *ill.* 31. (1) Nisi obligatio illa ab ipso protutore caussam & originem habuerit, ut in *L. filia* 88. *h. t.* etsi sciat debitor tutorem non fuisse, modo is sit solvendo *d. L.* 88. si vero ignoret omnimodo (2) Nisi Prætor decreverit rata esse omnia gesta protutoris *L. 1. §. pen. Quod fal. tut. auct.* (3) addit Faber: Nisi solutio facta ei, qui vere tutor fuit, sed desiit ex ea caussa, quam probabiliter solvens ignoravit, puta superveniente pubertate, ubi nihil est, quod solventi queat imputari. Quid enim si ipse, iam pubes factus, patiebatur manere in administratione, & tutorem nominabat &c. ita Fab.

datum est, ut pecuniam exigeret a debitore, aut acciperet. Mandatur id aut generaliter, aut specialiter. Generaliter, si cui omnium bonorum, aut partis alicuius universæ, puta bonorum provincialium administratio mandata est. Nam quæ omnia ad eam administrationem pertinent, eorum exactio & liberatio eo mandato contineri intelligitur. Specialiter, cum de certa pecunia a certo debitore exigenda alicui mandatur: quo in genere mandati voluntas creditoris manifesta est. Atque hoc modo accipiendum est [12] generale & speciale mandatum, quo Ulpianus verum procuratorem definit in *d. L. vero, de solut.* Quod si cui mandatum sit aliis de rebus, quam de pecunia, quæ soluta est, exigenda, accipiendave: quatenus id fit, ei procuratori non recte solvitur; quia non utitur domini voluntate ad eam solutionem recipiendam. Hinc illud, procuratori litis non recte [13] solvi. *L. hoc iure. 86. D. de sol.* Non enim cui de movenda & persequenda lite adversus Titium mandatum est, ideo ei quidquam de pecunia recipienda mandatum intelligitur. Item illud, si ex duabus summis quæ creditori ab uno debitore debebantur, mandatum sit, ut unam acciperet, & debitor huic procuratori utramque solverit, quod extra mandatum est, inutiliter solutum videri. *L. ex pluribus*, 89. *§.* 1. *D. de sol.*

XXIV. Et actori servo recte solvitur. *L. solutam, D. de solut.* nempe quia & hic ad pecunias domini exigendas accipiendasve eadem voluntate domini utitur. Nam actor in usu iuris, id est in servis, quod in liberis hominibus procurator. Ut enim procurator est homo liber, qui mandatu domini negotia eius administrat: sic actor is servus, cui iussu domini in negotiis eius aliquid agendum commissum est, seu cui actus aliquis in rerum domini administratione commissus est: unde actoris verbum: ut, si cui servo res rationesque domesticæ aut urbanæ commissæ sint, si cui res rusticæ, ut licet intelligere maxime ex *L. herede*, in princip. *D. de fid. lib. L. si is cui*, 94 *§.* 1. *D. de sol.* Actorum species fuerunt dispensatores servi. Nam & dispensatores actores sunt; adhibiti ad res agendas pecuniasque dominicas exigendas, sed ad certum usum, nempe ut usu exigente familiæ dispenset, & tribuat in eos usus quos dominus iusserit. Unde & si quæ sint nomina quæ ad eam administrationem pertineant; etsi dominus in his creditor est, & actionem eo nomine sibi partam habet, tamen dispensatori recte [14] solvitur. *L. dispensatori*, 51. *L. dispensatorem*, 62. *D. de solut.*

XXV. Etiam il servi quibus dominus, il filii familias quibus pater peculium habere permisit, permissum & mandatum a domino & patre accipere videntur, ut pecunias eius peculii & credant ne sint otiosæ, & creditas a debitoribus recipiant, ut docui ad *L.* 2. in fin. *D. si certum petat.* Ideo & debitores peculiares acceptis ab his pecuniis, his solvendo ipso iure liberari placet. *L. fugitivus*, 19. *L. si servus*, 32. *L. quod servus*, 36. *D. de solut.*

XXVI. Ergo his omnibus hactenus recte solvi ex eo apparet, quod his voluntate creditoris solvitur; & hinc voluntas intelligitur, quod pecuniis exigendis accipiendisve a creditore præpositi fuerunt. Sed hoc tamdiu debitori facere concessum est; quandiu voluntas & mandatum superius perseverat. Voluntate finita, & procurator & actor esse desinunt id quod prius fuerant: & qui peculium acceperunt, desinunt peculium habere. Finitur autem hæc voluntas in rebus dominicis, quibus gerendis procurator aut actor adhibitus est, vel mandatu revocato, & cum hi ab actu sibi commisso remoti sunt, vel domini morte. *§. recte, Inst. de mandat.* de quo postea suo loco. Unde his casibus res eo redire videtur, ut si debitor vel revocato mandato, vel creditore mortuo solvat veteri procuratori, vel actori, vel dispensatori, non liberetur; quia iam verum sit alii solutum, non voluntate creditoris.

XXVII. Et hoc ita esse constat, si debitor revocatum mandatum, aut morte finitum sciens his solverit: quod si solvit ignorans, placet nihilominus liberari. *L. vero*, 12. *L. si quis servo*, 18. *L. si servus*, 32. *L. qui hominem*, 34. *§. si Titium*, *L. si cum*, 82. *L. dispensatori*, 51. *D. de solution. §. recte, Institut. de mand.* Non sane quia hoc posteriore casu non etiam verum sit solvi alii ignorante aut

12) Nec distinctio Accursii, cum libera an sine libera datus sit Procurator omnium bonorum admittenda. Vaud. 1. Q. 47.

13) Diversa enim potestas solutionis accipiendæ & actionis exercendæ. Nam & quibus sine mandato agere licet *L.* 35. *de Proc.* solvi nequit *L.* 22. *h. t.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 316. Cui tamen mandatum est ad contrahendum, ex. gr. vendendum, locandum, datum, eidem & pretium vel merces solvi potest, Benv. Straccha *de Mercat. T. Mandati n.* 23.

14) *L.* 4. *L.* 19. *C. h. t. L.* 11. *D. Depos.* Briss. *Lib.* 1. *p.* 310.

aut invito creditore; sed quia si ignorans debitor iis solvendo, quibus per mandatum creditoris licuit, non liberetur, futurum sit, ut factum creditoris illi noceat; quod certe iniquum est in iusta ignorantia alicui nocere; ratio reddita in *d. §. recte, de mand.* duciturque ex regula naturæ, qua efficitur, factum cuique suum, non adversario nocere debere. *L. factum cuique, D. de regul. iur.*

XXVIII. Sed quem ignorantem solvendo hic liberari dicimus, visum est eum interdum ipso iure liberari, alias non nisi per exceptionem. De quo exstat Africani distinctio in *L. cum quis*, 38. *§.* 1. *D. de solution.* in hanc sententiam; ut si is cui mutata creditoris voluntate ab ignorante debitore solvitur, non ea mente nummos acceperit, ut eos lucretur, liberetur debitor ipso iure: id autem ita intelligetur, si ille acceptos creditori reddiderit. Sin acceperit furtum eorum facturus, liberatio non contingat ipso iure debitori; sed tamen æquum sit doli mali exceptione ei succurri, [15] si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus furem habet, creditori præstare. Cuius distinctionis Africanus *ibidem* hanc rationem reddit, quod priore casu nummi debitoris esse desinant, & fiant creditoris; ut perinde sit, quasi creditori ipsi soluti essent: posteriore nummi maneant debitoris, qui non fuit hoc animo, ut in furem quidquam transferret. Qui autem debitoris manent, certum est eos creditoris non fieri. Quo posito, recte colligit Africanus nec solutionem nummorum esse, nec liberationem contingere: quia ante diximus non solvi eam rem quæ in creditorem non transfertur. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem, de solution.* Et tamen etiam hoc casu exceptionem recte dat debitori ignoranti; quia semper manet illud quod dixi, quocumque animo sit qui nummos solutos accepit, non esse æquum creditoris mandatu & facto debitorem ignorantem decipi, qui nisi mandatum creditoris initio intervenisse scillet, non solvisset procuratori. Revocatum quidem est mandatum; Sed iuste hoc debitor ignoravit non admonitus a creditore; iusta hæc in facto alieno ignorantia illi nocere non debet. *d. §. recte, Instit. de mand.* Non adversantur huic distinctioni ii loci, quibus simpliciter scriptum est, debitorem ignorantem his casibus solventem liberari: ut *L. vero, L. si quis servo, L. si servus, L. dispensatori, de solution.* Semper enim verum est eum liberari: postquam hoc constitutum est eum liberari aut ipso iure, aut per exceptionem: nam & per exceptionem liberari recte dicimur.

XXIX. In rebus peculiaribus potestas servo aut filiofamilias solvendi facta in iis quæ peculiari nomine contracta sunt, non prius revocata intelligitur, quam peculium supra scriptis personis ademptum fuerit. Proinde si servus, qui peculiari nomine contraxerat, quo nomine & actionem domino quæsierat, aut manumissus sit, aut alienatus, aut mortuo domino ad alios dominos transierit, nihilominus debitor qui hæc sciat, ei solvendo liberabitur, sive peculium ei ademptum non est, sive ademptum est, & debitor ei ademptum ignoravit. *d. L. si quis servo, d. L. si servus, D. de sol.* Quippe potestas huic solvendi potestatem peculii exercendi sequitur: quam proinde manere necesse est, quandiu peculium manebit; manet autem, quandiu non est ademptum. Eadem intelligenda sunt, si quid cum filiofamilias contractum sit ex caussa peculii profectitii; deinde filio emancipato, aut patre mortuo debitor filio solverit, dum peculium illi ademptum ignorat.

XXX. Atque hæc de illis dicta sunt, quibus pecunia solvitur, ad quos ipsos mandatum creditoris dirigitur, ut pecunias vel exigant vel accipiant. Est etiam, ut dixi, cum mandatum creditoris confertur ad debitorem ipsum: quod fit, cum creditor iubet debitorem suum Titio solvere. Et si quidem permittitur hoc debitori extra stipulationem, eiusdem voluntatis est & potestatis cum specie superiore: ut quemadmodum supra, ita & hic recte solvatur Titio ex voluntate creditoris: *L. solutam, de sol.* & si creditor vetuerit Titium accipere, aut creditor mortuus sit, debitor autem nihilominus ei solvat, eadem hic sit distinctio de liberatione eius, quæ supra, ut si ignorans quid istorum accidisse, solverit, liberetur; si sciens, non liberetur: quinimo usurpata est superior distinctio a veteribus in hac ipsa specie, cum quæritur de iis, quibus finito mandato solvitur. *d. L. vero, L. si quis servo, L. si servus, L. cum quis, §.* 1. *de sol.*

XXXI. Sed hoc ita est, inquam, cum creditor debitori suo permittit Titio solvere extra stipulationem. Sciendum est autem id permitti debitori a creditore dupliciter: alias extra stipulationem, alias ipsa stipulatione. Extra stipulationem, cum iam

15) Ita & Cuiac. 7. *ad Afric. in d. L.* 48. *§.* 1. sic accipiendum scribens quod in *L.* 18. *in fin. h.* dicitur liberari debitor scilicet per exceptionem.

iam obligato debitore simpliciter, iubet creditor eum Titio solvere. Stipulatione ipsa, cum stipulatur creditor sibi aut Titio dari. Hic enim stipulatori soli obligatio acquiritur; solum solutio, id est, ius solvendi in Titium adiectum confertur: *§. plane, Instit. de inut. stipul.* In hac vero specie non idem per omnia servatur, quod in superiore. Proinde & hic dissimilitudo observanda est: quam ob caussam & has species inter se, & genus ipsum a priore distinguimus. Et cum creditor permittit debitori ipsi solvere Titio, sive extra stipulationem id faciat, sive stipulatione; ex utraque re potestas Titio solvendi debitori est eadem: sed huius potestatis perseverantia atque exitus in utraque specie longe dissimilis. Potestas Titio solvendi ex utraque tanta est, quantum verba permissus concedunt, non latior.

XXXII. Verbis promittitur debitori non quodvis factum, sed tantum dare, solvere Titio. Proinde Titio recte solvet debitor; novando autem cum Titio, aut Titio debitorem suum delegando, aut acceptilationem ab eo auferendo, se non liberabit, *L. quod stipulatus*, 10. *D. de solut.* Permittitur solvere non cuivis, sed nominatim Titio. Quo circa cuicumque alii personae solverit debitor, non liberabitur, quanvis sit ea persona, quae alioqui in iure rerum nostrarum existimetur esse eadem. Quod omnibus exemplis earum personarum, quae putantur esse eaedem, declaratur. Sunt autem haec. Stipulatus quis est sibi aut Titio dari: si Titius decesserit, heredi eius solvere non poterit. *L. si stipulatus*, 81. in princ. *D. de solut.* Constat tamen heredem existimari eamdem personam cum defuncto, cum de iure defuncti agitur. *Novel. de iureiur. a mor. praest.* Item stipulatus est sibi aut Sticho servo Sempronii. Sempronio domino servi solvi non potest. *L. stipulatus*. 9. in princ. *D. de sol.* Et tamen quod servo acquiritur, id domino acquiritur, perindeque factum servi in omni administratione habetur, quasi in domini persona id constituisset. *L. quodcunque D. de verb. oblig. §. ei vero. §. post mortem, Instit. de inut. stip.* Item stipulatus est sibi aut pupillo dari. Frustra debitor tutori pupilli dederit, ut liberetur, nisi pecunia ad pupillum ipsum pervenerit. *L. Stichum*, 95. *§. usumfructum*, *D. de solut.* Et tamen ante diximus in his quae ad pupillum pertinent, tutorem pro domino haberi, atque hinc quod pupillo dari debeat, tutori recte solvi. *L.* 14. *L. solutam. de sol.* Sed haec in potestate Titio solvendi ideo non servantur, quia hanc potestatem non metimur ex iure eius cui ex superiore mandato solvi potest; cui ius nullum inde acquiritur, ac nec potest acquiri; sed ex voluntate creditoris, cuius in hac caussa res agitur; is autem voluit tantum solvi, & solvi certae tantum personae, non aliud, aut alii. Quod si utrumque concurret, ut & debitor pecuniam solvat, & solvat Titio, liberabitur, quisquis erit iste Titius, nec in eo aut accipientis intelligentia, aut cuiusquam alterius auctoritas desiderabitur. Et ideo si quis stipulatus sit sibi aut Titio pupillo, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo, liberabitur. *L. si stipulatus*, 10. *D. de solut.* Scilicet quia dum Titio solvitur voluntate creditoris, sic accipitur solutio non quasi alii solutum esset; sed quasi [16] creditori, qui ita sibi solvi voluit. *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de solut.* In quo si quid incommodi est, sibi imputare debet, qui tali contentus fuit. Satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio*, 52. *de sol.* Huc facit *L.* 7. *§ ult. L. seq. D. de inst. act.* Qua ratione placuit, si res aliena, aut statuliber solutus sit Titio, actionem integram manere creditori non aliter, quam si haec eadem creditori ipsi soluta essent. *L. qui sibi*, 33. *D. de sol.* Item si indebitum Titio solutum sit, esse indebiti conditionem adversus creditorem non adversus Titium. *d. L. si ita*, 59. *L. qui hominem*. 34. in pr. *de sol.* Ne illud quidem intererit, qua mente accipiat Titius secus quam creditor velit. *d. L. qui hominem*, 34. *§. si debitorem. de sol.*

XXXIII. Potestas ergo, ut dixi, solvendi Titio est eadem, sive permittatur ei solvere extra stipulationem, sive ex stipulatione. Sed perseverantia eius potestatis longe dissimilis. Nam cui postea permissu creditoris datum est Titio solvere, ei contraria voluntate creditoris haec potestas adimi potest: ut sive ei denuntiet creditor, ne solvat Titio, sive idem Titium vetet accipere, idque debitor sciat, iam amplius Titio solvi non possit. Cui autem iure stipulationis solvi potest, huic contraria voluntas creditoris, aut mors nihil

16) Et cum tanquam alii restituturus accipiat, non laboramus, an profusurus sit. Neque enim de suo aliquid sic deminuet. Nam si non amisit nummos, cogetur reddere stipulatori *L.* 131. *de V. O.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p* 316. Donel noster *ad L.* 55. *de V. O* *n.* 8. Ac sibi imputet stipulator, quod non alium elegerit, Straccha *de Adiecto P.* 3. *n.* 16.

hil adiuvat postea, quominus & invito creditore, & multo magis mortuo recte ei solvatur. *L. vero*, *L. autep. D. de sol. §. plane*, *Institution. de inut. stip. Quippe*, inquit Ulpianus in *d. L.* vero, *certam conditionem accepit stipulatio, quam stipulator non potuit immutare*.

XXXIV. Finitur tamen interdum hæc ipsa potestas Titio solvendi iure stipulationis promissori quæsita. Finitur autem tribus modis: capitis minutione Titii adiecti; petitione stipulatoris; & pecunia eadem creditori postea a debitore constituta.

XXXV. Capitis minutione Titii adiecti, idest status eius mutatione, definit illi solvi posse, si status eius mutatus sit in duriorem caussam; puta si libertatem amiserit servitute; si civitatem deportatione; si familiam arrogatione quæ sunt genera capitis minutionis relata in *L. ult. D. de cap. minu.* Et hoc est; sive Titio postea servo facto, sive postea deportato, sive postea arrogato debitor solverit, non liberatur. *L. cum quis*, 38. in princip. *D. de sol.* Quod si Titius statum mutaverit in melius, non modo non minuitur eadem potestas illi solvendi, sed potius augetur, certe perseverare constat. Veluti, si quis stipulatus sibi aut Titio filiofamilias, ac deinde filiusfamilias emancipetur. Est in emancipatione capitis minutio. *L. 3. §. 1. D. de cap. min.* Sed nihilominus sui iuris facto solvendo promissor 17) liberabitur. Est enim hæc sententia non obscura. *L. cum qui ita. 56. §. qui sibi, D. de verb. obl.* ut illic ostendi. Neque refragatur *d. L. cum quis*, 38. *de sol.* ut docui pluribus ad *L. cum quis, 55. de verb. obl.* Et recte hæc distinctio in hac re a veteribus admissa est, sumpta ex mente & proposito stipulantium. Nam qui stipulantur sibi aut Titio dari, idcirco in Titii personam solutionem conferunt, quia id agunt, ut Titio datum postea ad se recipiant, & sciunt, quo statu nunc est Titius, se facile ab eo consequi posse. Ex quo intelligitur huue quoque eorum animum esse, ut tandiu solvatur Titio, quandiu a Titio recte recipere solutum possunt. At Titio in duriorem caussam capite minuto, puta in unam aliquam ex iis tribus quis initio diximus, aut desinit esse Titii conveniendi copia, quæ prius fuerat, aut si conveniri potest, desinit esse solvendo, quia in bonis nihil habet. Quod si in meliorem caussam status Titii mutatus est, ut quia ex filiofamilias sui iuris factus est: hic contra evenit, ut creditor ab eo citius solutum accipiat, cum pro conditione personæ & facilius conveniri possit, & citius habere, quod creditori solvat.

XXXVI. In hac tamen capitis deminutione Titii Papinianus usumfructum excepit, quem diceret in superiorem stipulationem deductum, etiam Titio capite minuto solvi posse. Finge aliquem stipulatum a domino fundi Tusculani usumfructum his verbis: Mihi aut Titio fundi Tusculani usumfructum dabis? Titium aut deportatum postea, aut eum sui iuris esset, fuisse emancipatum. Respondit Papinianus non ideo facultatem solvendi Titio intercidere: ut intelligamus debitorem Titio quanvis capite minuto nihilominus usumfructum recte soluturum, & si solverit, liberatum iri. *L. Stichum, 95. §. usumfructum, de solut.* In quo, ut dixi, usumfructum excepit Papinianus a rebus cæteris in huiusmodi stipulationem deductis. Et recte duabus de caussis. Nam primum in proposito nihil interest stipulatoris, quo tempore ususfructus hic solvatur Titio adiecto, utrum cum manet adhuc in eodem statu, an cum capite postea minutus est. Meminisse enim debemus conditionem hanc esse ususfructus, ut si quando præstetur Titio ex supra scripta stipulatione, nunquam tamen rediturus sit ad stipulatorem, ut fiat stipulatoris proprius, etiam si maxime præstetur Titio in integro statu manenti: quoniam ususfructus apud eum finitus, aut alteri cessus redit ad dominum, eumdemque promissorem, *§. ult. Institution. de usuf.* Tum autem multum etiam promissoris interest, utri potius ususfructus hic solvatur, stipulatorine, an Titio: quoniam si Titio solutus erit, fieri potest, ut is citius finiatur Titio eitius mortuo: unde eveniet etiam, ut ita finitus ususfructus citius ad promissorem redeat.

XXXVII. Petitione creditoris eadem potestas Titio ex stipulatione solvendi finitur, cum stipulator egit cum debitore, & iudicio petiit, quod superiore stipulatione debebatur. Quod ipse facere potuit, & quidem solus, cum ei soli ea stipulatione

17) Diss. Cuiac. 7. *ad. Af.* in *d. L.* 38. *pr. & ad L. 55. de V. O.* volens idem esse in manumissione, & emancipatione, in quo ei consentit A. Fab. 3. *Coniect.* 10. quia ratio Africani ostendat non separandam emancipationem ab aliis capitis minutionibus, quibus noster occurrit. Cuiacius autem intelligit *d. L.* 56 §. 2. & *d. L.* 95. §. 6. ubi filius tempore stipulationis iam capite minutus sit. Quod ipsa verba refellunt, maxime ea, *sibi aut extraneo*, *an sibi aut filio*, ubi filius necessario, qui tempore stipulationis in potestate est: Emancipatus enim est extraneus. Nec ulla, ea ratione, dubitationis caussa. Quam rem A. Faber dissentiens agnoscit. Sed nostro herba porrigenda. Cui & communis sententia interpretum succinit, vid. Vasquez. 2. *Contr. usufruq.* 22. n. 8. C. 9.

tione obligatio & actio acquiratur, Titio nihil. §. *plane*, *Inst. de inut. stip.* Hoc, inquam, eum fecit stipulator, amplius Titio solvi non potest, quanvis ante litem cum stipulatore contestatam posset, ut est in *L. si quis stipulatus*, *57. D. de sol.* Hoc ideo, quod cum agente stipulatore ad magistratum ventum est, conventus debitor necesse est alterum, ut aut fateatur se debere actori, aut neget. Si fatetur, partes magistratus sunt, ut tanquam lite contestata & probata iubeat eum solvere, idoneo spatio dato, intra quod possit solvere actori, aut, si id postulet, Titio: qui si Titio non solverit intra id tempus, sententia mandabitur adversus eum exsecutioni. *L. si debitori*, *D. de iud.* Si neget se debere, litem contestatur. *L. 1. C. de lit. cont.* Lite contestanda & iudicio accipiendo suscipit in se novam obligationem iudicati, quam postea defugere non potest. Iudicio enim contrahitur. *L. 3. §. idem scribit*, *D. de pec.* Renuntiare autem semel constitutae obligationi adversario non consentiente nemo potest. *L. sicut*, *C. de obl.*

XXXVIII. Pecunia eadem creditori postea a debitore constituta finitur potestas Titio solvendi, si debitor constituerit se soli stipulatori soluturum: nominatim, inquam, hoc addito, ut diceret se soluturum ei soli: quae Pauli sententia est in *L. si vero*, *D. de pec. const.* Alioqui si idem simpliciter constituit se stipulatori soluturum: quanvis aeque hic stipulatori competat de constituta actio, tamen eodem auctore Paulo potest debitor adhuc Titio solvere, ut postea actionem de constituta pecunia non metuat. Hoc in *L. si ita stipulatus*, *59. D. de sol.* Recte utrumque: nam cum post pecuniam stipulatori constitutam debitor solvit Titio, ideo amplius stipulatori de constituta non tenetur, quia Titio solvendo, ipsi creditori solvi videtur, ut est in *d. L. si ita stipulatus 59.* Sed hoc hactenus retinendum est, nisi inter contrahentes aliud actum esse appareat. *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. iur.* Quod tunc factum esse constat, cum convenit in constituto, ut debitor soli stipulatori solveret. De hac omni potestate Titio solvendi, atque adeo de conditione totius huius obligationis, qua stipulatur quis sibi aut Titio dari, si quis plura desiderat, & ad locos veterum de omnibus partibus huius potestatis scriptos explicandos certiora, & confirmatiora, legat quae de hoc loco diligenter scripsimus ad *L. cum quis*, *55. D. de verb. obligat.*

XXXIX. Et in his omnibus ideo alii recte solvitur, quia solvitur voluntate creditoris, sed ea voluntate, quae solutionem antecedit. Est etiam, ut proposuimus, eum sequatur solutionem voluntas creditoris. Ea est autem, cum pecunia non consentiente creditore alii soluta, ipse postea solutionem ratam habet. Et haec ratihabitio idem efficit, nihil ut intersit utrum mandante creditore alii pecunia solvatur, an creditore postea ratum habente: quia ratihabitio mandato comparatur. *L. invito*, *C. de sol. L. vero*, in fin. *D. eod. L. ult. C. ad Sen. Mac.* Ac non pluribus modis voluntate creditoris alii solvi potest, aut solutum intelligi.

XL. Quo circa si ut est propositum, alii quam creditori, aut ei qui habeatur pro creditore, solvi non potest: de eo quod non recte solvatur, sic recte definiemus; quod tutoribus aut curatoribus solutum non erit, si neque mandante, neque ratum habente creditore solutum sit alii, debitorem ea solutione non liberari; quia alii solutum sit, quam debuit. *d. L. invito*, *C. de sol. L. qui hominem*, *34 §. si nulla*, *§. si gener*, *D. eod. §. recte*, in fin. *Inst. de mand.*

XLI. In quo neque persona coniuncta accipientis, neque debitoris error alii solventem defendit. Sit filiusfamilias, cui debebitor paternus invito patre solverit: filius debitorem non [18] liberabit: adquirere enim patri obligationem potest: deminuere non potest. *L. filiusfamilias*, *22. de sol.* Sed etsi error solventis accesserit, ut se suo creditori solvere iusto errore deceptus existimet, nihil hoc ei profuerit ad liberationem. Cuius rei argumentum hoc est, quod si quis cum servo contraxerit, qui se pro libero gerebat, aut ab alio bona fide possidebatur, quantumvis iusto hoc errore ducatur, cur se huic cum quo contraxit, aut possessori eius debere putet; tamen si alterutri solverit, placet eum non liberari, & nihilominus teneri adhuc vero domino, cui ex contractu servi actio quaesita erat. Finge fugitivum qui pro libero se gerebat, rem vendidisse. *Responsum est*, inquit Iulianus, *emptoris fugitivo solventes a domino liberatos non esse*. *L. qui hominem*, *34. §. & cum fugitivus*, *D. de sol.* Finge servum alienum bona fide possessum quid emisse ex peculio

18) Nec maritus aut uxor *L. 11. C. h. t.* vid. Frid. Pruckman. *Vol. 2. Cons. 24. n. 87. & seqq.* Nec gener soluturam dotem socero solvere potest, quae ipsi cum filia communis. *L. qui hominem L. 34. §. 6. h.*

lio quod ad dominum pertinebat. Ut ei domino quæritur ex empto actio; ita eiusdem Iuliani sententia est ab eo non liberari venditorem, quanvis iusto errore deceptus rem venditam tradiderit possessori, quem dominum servi putabat; sed dominum eumdemque verum creditorem integram ex empto actionem habere, ut refertur in *L. cum fundus*. §. 1. *D. si cert. pet.*

XLII. Quo tamen loco contrarium quis esse dixerit, quod scribitur in *L. fugitivus*, 19. *D. de sol.* Proponitur fugitivus cum pro libero se gereret, nummos domino surreptos credidisse. Placet si is qui acceperat, eum liberum existimans solverit ei, liberari a domino debitorem. Et tamen cum fugitivus nummos domini credit, si hi consumpti fuerint, nascitur inde condictio, & hæc domino acquiritur. *L. rogasti*, §. *ult.* *D. si cer. pet.* ut necesse sit, si hæc pecunia deinde fugitivo illi solvitur, pecuniam alii solutam videri, quam creditori suo, ubi tamen liberationem contingere diximus. Sed in hac pecunia dominica, quam & servus fugitivus credidit, proprium ius est, ut si hæc deinde eidem fugitivo ab ignorante debitore reddatur, debitor liberetur. Nam cum id fit, perinde est, quasi pecunia nunquam esset credita, nec unquam a domino recessisset. Prius enim domini erat. Reddita servo, iterum domini efficitur, reditque in eius potestatem, ut prius fuerat. Qui rem alienam accepit, & movit loco, si reponit in suum locum, facitque, ut dominus eodem statu rem habeat; nec movisse videtur: facit denique, ut si prius res esset furtiva, tamen furtiva esse desinat, quasi in potestatem domini redierit. *L.* 4. §. *item Labeo*, *D. de usur.* & *usuc.* Quod de cæteris rebus dici non potest, quæ debitæ ex contractu servi, prius domini non fuerant; quale est pretium, quod domino ex venditione servi, aut res vendita, quæ ex servi emptione cœpit domino deberi. Sed etsi pecunia domini a servo fugitivo credita reddatur iussu eius alii, non potest videri pecunia rediisse in domini potestatem, cum eius facta non sit. Quam ob caussam etiam hoc casu debitorem nec liberari placet, *d. L. fugitivus*, *de solut.*

XLIII. Eadem & in filiosfamilias intelligenda sunt: ut scilicet si is pro homine sui iuris se gerens rem aliquam paternam vendiderit, aut alienam emerit ex pecunia patris; patri ita acquiratur illic quidem actio ex vendito, hic autem actio ex empto; ut si emptor ignorans filio pretium solvat, aut venditor rem venditam ei tradat, non liberetur. Et rursum si pecuniam patri surreptam is filius pro sua crediderit, eique bona fide soluta sit, debitor liberetur. Sunt enim hæc omnia eiusdem rationis: cum quidquid acquirit filius ex re patris, id patri acquirat: §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* & hac ipsa de caussa si pecunia ei reddatur per occasionem pecuniæ paternæ prius creditæ, ea redeat ad patrem, ut prius erat ab eo profecta.

XLIV. Multo ergo minus liberabitur, si quis sciens cum quo creditore contraxerit, solverit alii quanvis iusto errore; puta ei qui se alienis negotiis offerat, quem eumdem putet verum procuratorem, aut an sit, dubitet. *d. L. qui hominem*, 32. §. *si nullo*, *D. de solut.* Sane si dominus postea ratum habuerit, tum debitorem liberari iam ante diximus.

XLV. Inde quæsitum est, ante quam dominus haberet ratum, an condici ex caussa solutum possit. Quid ni, dicat aliquis? cum solutum sit ob caussam, ut debitor liberaretur, quod hic factum non est: ut sit videlicet debitori eo nomine condictio ob caussam dati caussa non secuta? *L. si militem*, *L. ancillam*, *C. de cond. ob. cau.* Et exstat de hac re Iuliani distinctio relata in *L. si quis offerenti*, 58. *D. de sol.* in hæc verba: *interesse, qua mente in proposito alii se negotiis creditoris offerenti solutio facta esset: utrum ut statim debitor liberaretur, an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu statim condici posse procuratori: posteriore tunc nasci condictionem, cum dominus ratum non habuisset.*

XLVI. Hanc sententiam excepit alia quæstio: quando videatur dominus ratum non habuisse, ut fiat locus condictioni: utrum statim, an cum aliquod spatium præcesserit, & quodnam id spatium intelligi oporteat. Et hic locus est ei fragmento quo hæc res definita est ab eodem Iuliano, exstatque in *L. ratum*, 13. *D. de solut.* ad hanc sententiam: spatium aliquod temporis accipi debere: certum id definiri non posse: solum hoc dici posse, tantum esse sumendum, quantum ad monendum de ea re creditorem est opus, non ut minimum aut maximum in eo exigamus, sed moderatum pro more institutoque hominum communi eamdem rem tractantium. Quod totum iudici æstimandum erit, si de eo erit controversia inter litigatores. Quæ & ipsa regula generaliter traditur in omnibus dandi & faciendi obligationibus, cum quæritur, intra

tra

tra quod tempus quidque dari, aut fieri possit. *L. continuus*, §. *cum ita*, & §. *item qui D. de verb. obl.*

XLVII. Quod tamen dicimus, si neque mandante neque ratum habente creditore solutum sit, debitorem non liberari. *d. L. invito*, *C. de sol.* hactenus verum est, si nec pecunia soluta pervenit ad creditorem. Quod si pervenit, incipit eventu perinde esse, quasi iam creditori ipsi soluta esset: quid enim interest, quomodo ad eum perveniat, per ipsum, an per alium? Quamobrem & hoc modo generaliter receptum est, liberari debitores: ut, si debitores pupillares solverint ei qui pro tutore negotia gerebat, & pecunia in rem pupilli pervenerit. Si prædo quod a debitoribus hereditariis exegerat, petenti hereditatem restituerit. Si mater filiæ suæ pupillæ negotia gerens pecunias filiæ nomine exegerit, deinde eam marito nuptum collocans res ei tradiderit: quæ ordine horum locorum exempla sunt. *L. debitores*, 28. *L. qui hominem*, 34. §. *si prædo*, *L. filiæ*, 88. *D. de sol.* Hoc tamen ita, si debitores hoc animo solverint, ut creditori ipsi vero, non ei cui pecuniam solverunt, si creditor esset, solutum vellent.

XLVIII. Quod si eiusdem pecuniæ duo fuerunt creditores, quorum uni sine alterius consensu solvi non potuit: si proponas nihilominus debitorem solvisse uni sine alterius consensu, deinde ad hunc postea pecuniam pervenisse: placet quidem debitorem liberari; sed ope tantum [19] exceptionis. Quod in ea specie responsum est, cum pater qui sine consensu filiæ dotem soluto matrimonio a viro aut viri heredibus exegerat, postea eamdem alii viro eiusdem filiæ nomine dedit, & filia mortuo patre a priore viro eamdem dotem petit. Responsum hic inquam, filiam doli mali exceptione repelli. *L.* 4. *D. sol. mat.* Liberatur ergo saltem exceptione maritus, qui dotem filiæ debitam alii solverat, quia dos postea versa erat in rem filiæ, atque hoc modo ad eam pervenerat. Non liberatur autem ipso iure, quia maritus ita solvit patri, ut se ab eo liberatum vellet: nec frustra: nam & hic creditor fuit: dos enim filiæfamilias a patre profecta communis est patri & filiæ. *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. sol. mat.*

19) Sic solutio creditori creditoris facta liberat ope exceptionis *L. 6. de doli except.* Briss. *Lib. 1. de Solut. pag.* 327. Casus quoque, quibus alii quam creditori solvere coactus liberatur, peti possunt ex Menoch. *Arb. Cas.* 138. Quid si a iudice alii solvere compulsus vid. Parlador. 2. *Rei. quotid. Ca. fin. pag.* 5. §. 17. *n.* 8. Gutierez. *Pract. QQ. Lib.* 1. *Q.* 81. *n.* 10. *& seqq.* non liberari scribens, si mandato iniusto paruit, & Pruckman. *Vol.* 2. *Cons.* 24. *n.* 138. *& seqq.*

C A P. X I.

Quo tempore, quove loco, & quatenus quidque quod debetur, præstari possit & debeat ad iustam solutionem.

Solutionis circumstantias, quas vocant, esse tempus, & locum præstandæ rei, & quantitatem præstationis. I.

Ad tempus pertinere 1. ut quod nondum debetur, nec solvi possit, nec solutum pariat liberationem. II.

2. Ut ex quo aliquid deberi cœpit, solvi possit etiam invito creditore, licet peti non possit. III.

Nisi tamen creditor solutionem recipere impediatur: & quæ id genus impedimenta. IV.

Ad locum interesse, eo non adiecto, an genus debeatur, an species; & quid in utroque. V.

Adiecto rursus, an par creditoris cum debitore caussa, an diversa; & quæ utrinsque ratio. VI.

Quantitas præstationis partim in rei iure, partim in corpore versatur. VII.

Summa de iure præstationis: tria in hoc exigi. VIII.

1. Ut solutam rem debitor faciat accipientis. IX.

2. Ut sit eadem mansura apud creditorem. Quæ res non fiunt tales. X.

Quid si hæ mutata conditione maneant. XI.

3. Ut soluta res fiat accipientis pleno iure. Quale sit quod pleno iuri desit. XII.

Superiora ad rem generaliter *promissam aut legatam spectare. Quatenus hæc in* re certa *desiderentur.* XIII.

De corpore rei solutæ prior quæstio: an qui deteriorem solvit, dando liberetur. XIV.

Altera: an possit res debita solvi pro parte; an vero tota solvi debeat ad liberationem. Status quæstionis. XV.

Partem oblatam ab illo, qui totum debeat, creditor accipere non cogatur. XVI.

Etiam si hanc debere dumtaxat affirmet debitor. XVII.

Si obligatio natura rerum, & conditione sua divisionem recipit. Etiam in parte liberatio inest. Qualis hæc obligatio. XVIII.

Nulla nec in parte liberatio, si obligatio conditione sua sit individua; cuius tres species, & quæ. XIX.

In his an pars soluta condici possit; & quatenus. XX.

Ratio differentiæ posterioris cum superiore obligatione explicatur. XXI.

I. UT in personis solventis & accipientis id servandum est ad iustam solutionem, quod obligatio exigit: in quo est, ut sit qui recte solvat, ut sit cui recte solvatur, de quo diximus; ita servandum idem & in circumstantiis præstandæ rei, si quid sit in his, quod ex obligatione præstari oporteat. Sunt autem hæ circumstantiæ in omni præstatione rei debitæ tres; tempus præstandi, præstandi locus, & quantitas præstationis.

II. De tempore, quo quidque præstandum sit, supra suo loco abunde diximus cum in obligationibus conditionalibus, tum in diem & puris. Quæ omnia etiam ad rectam solutionem pertinent, postquam id demum recte solvitur, quod debetur, solviturque etiam ut debetur. Quod tamen ad hunc locum breviter dicere necesse sit: de eo tempore hæc iuris summa est. Si quid ex quavis caussa obligationis nondum debetur, id nec solvi potest, nec solutum parit liberationem. Est enim solutio rei debitæ solutio, ut initio ostendimus, quo fit, ut in rem non debitam solutio non cadat. Tale est, quod debetur sub conditione: quod quia pendente conditione non modo peti non potest, sed nec debetur. *L. cedere, D. de verb. signif.* Ideo placet eum qui interim dedit, non magis [1] liberari, quam qui non fecit, quod promisit. *L. stipulatio ista, §. inter, D. de verb. obl.*

III. Contra si quid quavis ex obligatione debetur, exinde ex quo deberi cœpit, etiam solvi potest invito creditore, quanvis nondum debeatur ita, ut possit peti. Exemplo est, quod promissum est certa die dari, puta Calendis Ianuariis. Id creditor ante diem petere non potest. *§. in diem, Inst. de verb. obl.* At potest debitor ante diem dare etiam invito cre-

1) Potest tamen volenti ita solvere debitor, ut existente conditione liberetur, deficiente repetat, *L. 16. h. t.*

creditore: quia dies adiicitur debitoris caussa: quo propterea uti potest ad dilationem, si vult; si non vult, licet ei iuri suo renuntiare. Hæc diserte tradita in *L. quod certa*, 70. *D. de sol. L. eum qui Calendis*, §. 1. *L. stipulatio ista*, §. *inter*; *D. de verb. obl.* Et quid aliud significat definitio illa superior, solutione eius quod debetur, tolli obligationem? *Inst. quib. mod. tol. obl.* nam & quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur. *d. L. cedere, de verb. sig.* Quæ si satis non sunt, quoniam exstiterunt nostra ætate, qui contra manifestam sententiam iuris, & inter omnes [2] receptam dissefere audent; age adiiciamus eum locum, qui veræ sententiæ confessionem illis exprimat. Is est in *L. qui res*, 98. §. *mihi dare*, *D. de sol.* ubi si quis stipulatus sit sibi aut Titio Calendis Ianuariis dari, diserte respondetur licere debitori non solum solvere creditori, sed etiam Titio, utrique ante Calendas. Atqui scimus quod Titio adiecto recte solvitur, id solvi etiam invito stipulatore. §. *plane*, *Inst. de verb. obl.* Quare & hic licet Titio invito stipulatore solvere ante Calendas. Quod si Titio adiecto, quanto magis ipsi stipulatori? Non enim alia de caussa solutio Titio adiecto facta, rata est, quam quod dum adiecto solvitur, stipulatori solvi videtur, qui Titium in solutione voluit substitutum suo loco. *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de sol.* Quæ adversus hanc sententiam differuntur a quibusdam, satis diluimus *supra sub Tit. de iure conventionis & obligationis in diem*. Pluribus ad *L. eum qui Calendis*, §. 1. *de verb. obl.* Hæc tamen de die adiecto ita, nisi constet diem adiectum etiam [3] creditoris caussa: quod cum constabit actum esse, & conventio & voluntas testatoris in eo servanda est, ne ante diem solvere liceat, ut & superioribus locis docuimus. Exemplum in *L.* 3. §. *cum Pollidius*, *D. de usur.*

IV. Sed & in rebus præsenti die debitis potest creditor tam gravibus & necessariis occupationibus distringi vel publicis vel privatis, ut non possit, vacare tum pecuniæ numerandæ & cognoscendæ: ut proinde sit & hoc uon opportunum ei solvendi tempus, ac si tum oblatam pecuniam accipere recuset, moram non faciat. *L. qui decem*, 72. in pr. *D. de sol.* Quid enim, si in Senatu occupetur Senator consiliis publicis? si pro tribunali ius dicat magistratus? si caussam agat in foro, aut acturus exspectet patronus? si privatus uxorem ducat, aut mulier nubat? si quis funus ducat familiare, aut funus prosequatur; [4] ob quæ facta etiam olim excusatio fuit edicto constituta vocatis in ius, ne venire cogereutur. *L.* 2. *L.* 3. *D. de in ius voc.*

V. De loco, ubi quidque solvendum sit, etiam ante propemodum dixisse videmur in iure obligationis. Nam cum ad id ius pertineret nosse, quo loco quidque debeatur, quo peti aut præstari possit: ideo ibi & de eo proprio titulo diximus. Ex quo eadem opera potest intelligi, ubi quidque recte solvatur: postquam ibi recte solvitur, ubi & debetur, & præstandum est. Ne tamen & id ius nos fugiat, cum de solutione agitur; etiam de eo nunc breviter summam complectar. Si quid simpliciter debetur, nec quidquam de loco adiectum est: si quidem id quod pondere, numero, mensurave constat, ibi solvendum est, ubi petitur, & peti debet, ubi aut reus domicilium habet, aut obligatio contracta est. Sin debetur species, & corpus certum, veluti Stichus, hic equus, illi boves: ibi quodque recte solvitur, ubi est, nec cogitur debitor alio ad creditorem traducere: nisi dolo malo debitoris factum sit, ut res transferatur alio, quam ubi prius erat: unde fiat creditori difficilior & incommodior solutio, si eo venire, aut aliquem eo mittere ad rem accipiendam, & referendam aut traducendam cogatur. Exstat distinctio in *L. quod legatur*, *D. de iud.* Vide in hanc partem plura infra, ubi de iurisdictione eius loci agitur, in quo quis contraxit.

VI. Quod si dictum sit, quo loco quid præstari deberet, in eo hæc differentia iuris inter creditorem & debitorem tenenda est. Placet enim creditori licere alio loco quam constituto petere quod debetur: proposita illi in eam rem arbitraria actione, in quam venit æstimatio eius,

2) Coras. & Duar. *ad d. L.* 38. §. 16. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 22. Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 348. A. Fab. 1. *Conject.* 1. Gœd. *ad L.* 12. §. 1. *de V. S. n.* 5. Arumæ. *de Mora C.* 6. *n.* 9. Bron. 4. *Ass.* 36. Nam qui ante diem solvit plus præstat quod debet *L.* 15. *in fin. de ann. leg.* Et die fondum non solvi dicitur *L.* 85. *b.* Qui tardius solvit minus solvit per *LL.* a Goth. *ibid. notat.* Dies pars solutionis, vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 18. *n.* 35. *R.* 3. *seqq.* Iure Sax. res ea edita. Landr. *Lib.* 1. *Art.* 65.

3) Gomez. 2 *Resol.* 11. *n.* 22. Petr. de Bella Pertica Q. 41. Quo pertinet *L.* 122. *pr. de V. O.* iuxta interpretationem Ant Fabri 1. *Conject.* 1.

4) Et quibus aliis temporibus in ius vocare non licet. Cuiacius 8. *Afric. in L.* 39 *h. tit.* Donell. noster *ad L.* 19. *C. de Usur. n.* 4. Arumæ. *de Mora C.* 7. *n.* 4. Unde nec noctu fieri posse post Bart. *in L.* 8. *de fer.* Baldum *in L.* 19 *C. de Usur* Briss. *Lib.* 1. *p.* 349. Sane quod tempus opportunum iudici definiendum concedit Menoch. *Arb. Cas.* 232. *n.* 31.

eius, quod rei interfuit suo loco potius, quam in eo in quo petitur solvi, ne illi loci utilitas auferatur: venit interdum & utilitas actoris. De hac parte est in §. *loco, Inst. de act. L. 1. C. ubi conven. qui cert. loc. dar. promis. L. 2. D. de eo quod cert. loc.* Diversa caussa est debitoris, quem contraria definitione placet, quod certo loco dare debuit ex obligatione, nullo alio loco solvere invito creditore posse. Exstat definitio in *L. pen. D. de eo quod cert. loc.* In quo apparet minus tribui debitori, quam creditori. Quod cum prima fronte videatur constitui absurde, utpote contra eam æquitatem naturæ, qua placet aut favorabiliores esse reos, aut certe actoribus non plus tribuendum: *L. favorabiliores. L. non debet actori, D. de reg. iur.* merito quæritur huius constituti iuris in actore ratio. Est autem reddita in *L. 1. D. de eo quod cert. loc.* ad hanc sententiam: cum quid certo loco dari promissum est, ideo concessum esse stipulatori alio loco petere præter conditionem stipulationis, quia necesse fuit id facere, ut ad suum perveniret; alioqui enim futurum, ut reus nunquam veniret in constitutum locum, cumque non esset cum eo experiundi copia, actor suum amitteret: quæ ratio qualis sit, & quam æqua ad eam *L. exposui*. Nulla eiusmodi necessitas in debitore solvente cogit a conditione obligationis discedere. Quid enim interest eius alio loco solvere invito stipulatore? Esto enim pecuniam alibi oblatam creditor non accipiat. Non modo hic non fit conditio debitoris deterior, sed etiam melior. Nam creditore accipiente desineret pecuniam in bonis habere: non accipiente retinet. Multa tamen adversus facultatem denegatam alio loco solvendi disputari solent: de quibus diligenter respondi ad eius iuris confirmationem in *d. L. pen D. de eo quod cert. loc.* Inde sumi potest. Quod tamen dicitur, quod certo loco dari promissum est, id alio loco solvi invito stipulatore non posse, hactenus verum est, nisi iusta aliqua caussa sit, cur alibi solvi permittatur. *L. usuras, C. de sol.* Iusta caussa summa duplex; si aut loco constituto solvi non potest, ut si fit ab hostibus occupatus; aut si ibi solvi aperte creditoris nihil interfit, mutata puta conditione vitæ, propter quam loci constituti utilitatem sequebatur. Et has caussas exposui plenius ad *d. L. pen, de eo quod cert. loc.*

VII. Quantitas præstationis etiam in iusta solutione observanda est: in qua quæritur, an quæ præstari debent, ad rei debitæ solutionem, semel omnia ut & res tota præstari debeant, an vero hæc pro parte solvi possint, & soluta eatenus liberationem pariant. Ea quantitas versatur partim in iure rei debitæ, partim in ipso corpore rei.

VIII. De iure quod in re solvenda transferre oporteat, quod ius rei debitæ nunc vocamus, hæc iuris summa est, ut quæ res generaliter debita, puta generaliter promissa, legatave, ex obligatione dari debet, non sufficiat eam tradi creditori; sed ita tradi oporteat, ut fiat accipientis, & ita accipientis, ne ex præsente aliqua caussa possit avocari: neque id satis, sed ut fiat accipientis pleno iure: ut si quid hic desit; debitor non liberetur. Primum quidem, quod qui secus solvit, aliam rem solvere videtur, quam debuit; qua de caussa hanc solutionem ad rem aliam solutam obiter retulimus. Deinde quod non ita solvit, ut debuit: qui cum totum quiddam deberet, partem tantum solvat, neque id sine iniuria creditoris: qua parte rursum tractatio huius solutionis ad quantitatem huius præstationis pertinet. Eximus ergo in hac iuris præstatione tria.

IX. Primum ut non ad aliquid tantum præstet debitor creditori rem solutam habere licere, sed ut traditam faciat accipientis. Id cum in eo positum sit, si res sit propria debitoris, quam tradat: quoniam nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habuit: *L. nemo plus, D. de reg. iur. L. traditio, D. de acq. rer. dom.* ideo placuit debitorem rem alienam solvendo non liberari: sive certa species debita soluta sit, sive nummi. *L. Cassius, 17. L. si is cui. 94.* in pr. *L. is qui hominem,* in pr. *D. de sol.* Parumque retulerit, utrum res aliena soluta in ea caussa sit, ut possit postea debitori acquiri, ac per hunc apud creditorem residere, an non sit. Quod in patre rem peculii castrensis solvente responsum est. Nam hic vere solvit rem alienam: cum peculium castrense pleno iure sit filii familias. §. 1. *Inst. per quas pers.* Res tamen in ea caussa est, ut fieri possit patris: quod accidit mortuo intestato filio. *L. 2. D. de castr. pec.* Sed non eo minus ut dixi, interim res aliena est, quam ideo placet sic accipi debere, ut ne pater ea solutione liberetur. *L. qui res, 98. §. 1. D. de sol.*

X. Non est satis rem propriam debitoris ita solvi, ut primo fiat accipientis. Sic proprie accipientis fieri intelligitur, si etiam apud eum sit mansura. Non enim videtur

detur capi, aut ad aliquem pervenisse, quod aliqua de caussa præsente avocari potest. *L. aliud est capere*, *D. de verb. signif.* Quare si res soluta debitoris quidem sit, ut pro tempore transferatur dominium ad accipientem, sed sit in ea caussa, ut possit creditori auferri; non magis debitor ea soluta liberatur, quam si alienam solvisset: quia ne hoc quidem modo proprie rem fecerit accipientis. id species rerum istius generis declarant, quarum in singulis id quod ante dixi, constanter a veteribus respondetur. Quæ res in ea caussa sint, ut domino suo ex præsente aliqua caussa auferri possint, hæ fere sunt: res pignori obligata, quam creditor cui obligata est, hypothecaria actione potest possessori avocare: servus statuliber, qui in diem aut sub conditione statutam libertatem habens, conditione exsistente auferetur in libertatem: *L.* 1. *D. de statul.* tum res ita soluta, ut a debitore recipiatur: sic enim hæc eadem ex conventione repeti potest. Et de his omnibus exstant veterum sententiæ, quidquid istarum rerum solutum erit, debitorem non liberari: nempe ob eas caussas quas dixi: quæ omnes ad unam definitionem superiorem pertinent. De re pignori data est in *L. si rem*, 20. *L. si hominem*, 69. *L. qui res*, 98. in pr. *D. de sol.* De statu libero in *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, *L. qui decem*, 72. §. *pen.* §. *ult. D. eod.* quo referri debet pecunia pro pignore vendito soluta creditori, quandiu pignus redhiberi potest ab emptore, aut ei fieri inempta. *L. si creditor*, 26. *D. eod.*

XI. Sed tamen ut hæ res omnes ideo ab initio debitorem non liberant, quia accipientis non fiunt, nec sunt mansuræ: ita conditione mutata ex eventu liberationem pariunt, quo casu scilicet certum erit eas remanere apud creditorem, ut sic vere fiant eius: quæ Pauli definitio est in *L. qui res*, 98. *D. de sol.* Eaque in singulis generibus superiorum rerum sic explicatur. Res aliena soluta postea fieri potest debitoris. Id cum acciderit, debitor liberabitur. *L. si quis duos*, 67. *de sol.* Eadem res usucapi a creditore potest: quo quidem modo constat rem eius fieri, & apud eum manere. Et hoc modo debitor liberatur. *d. L. is qui alienum*, 60. *de sol.* Nummi alieni soluti varie fieri possunt creditoris: ac totidem modis contigit liberatio. Fiunt autem creditoris cui soluti sunt, tribus modis. Primo si sint usucapti, de quo diximus. Altero, si accepti alieni nummi ita permixti sint cum nummis creditoris, ut discerni non possint. *L. si alieni*, 78. *D. de sol.* Qua ex re non aliud intelligendum datur de liberatione debitoris quam quod de re soluta usucapta modo diximus. *d. L. is qui alienum*, 60. *eod.* Tertio, si nummi bona fide a creditore s consumpti sint. Sic enim videntur ad creditorem pervenisse, qui quasi facti essent eius, ita in rem eius versi sunt sine metu ullius repetitionis. *L. non omnis*, §. 1. *D. si cert. pet.* Unde etiam placuit, nummis alienis solutis, simulatque creditor eos sine dolo malo consumpserit, debitorem liberari; & si fideiussor eos solverit, una & se & debitorem liberare; ut exinde adversus debitorem actionem mandati habere incipiat. *L. Cassius*, 17. *L. si is qui nummos*, 94. in pr. *D. de sol.* Res pignori obligata talis esse definit soluto pignore. Et hoc modo ex eventu res pro soluta habebitur, ut ea solutio debitorem liberet. *L. qui res*, 98. in pr. *de sol.* Definit & statuliber ea conditione esse, si conditio libertatis defecerit. Quo facto certum fit eum qui statuliber fuerat, iam nunc in posterum servum manere. Qua de caussa & exinde placet liberari debitorem. *d. L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, *de sol.* Sed hoc casu ita, si conditio vivo adhuc servo defecerit: quod si servo mortuo, contra: quando, inquit Africanus, isto casu debitor nullo tempore perfecte hominem creditoris fecerit. *d. L. cum quis*, §. *si hominem*. Recte: non enim fecit vivum, cum penderet adhuc conditio statutæ libertatis: non mortuum, quia qui non est, iam amplius dari non potest.

XII. Ne hoc quidem satis ad iustam solutionem ita fieri accipientis, ut avocari non possit. Tertium exigimus, ut fiat accipientis pleno iure: ut si quid deest ad ius dominii, si quid ad cautionem eius obtinendi, debitor non liberetur. Ius deesse intelligitur, si proponas rem solutam propriam quidem debitoris, sed cuius ususfructus aut usus alienus erat. Vere eiusmodi res debitoris est, in qua is nudam proprietatem habet, alio ususfructum habente: quia ususfructus separatus non dominii pars, sed servitus est. *L. recte*, *D. de verb. signif.* §. *proprius autem*, *Inst. de her. pet.* Sed tamen is ususfructus qui cum dominio coniunctus esse debet, emolumen-

5) Quæ enim ratio facit ut quandiu nummi salvi, liberatio non contingat, quia apud accipientem remansuros incertum est, eadem ut consumptis convalescat, ubi nulla iam ratione auferri possunt, Briss. *Lib.* 1. *p.* 334.

lumentum rei continet, eiusque emolumenti pars eſt: ut quandiu aberit uſusfructus in re danda, tandiu dominio quod plenum datum oportuit, tantum detrahi, & abeſſe intelligatur: placetque hac de cauſſa debitorem non liberari. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem*, in fin. *L. ſi hominem*, 69. *D. de ſol. L. Mævius*, *§. pen. L. cum filius*, *§. dominus*, *D. de leg.* 2. Etiam in hoc iure rei numeratur ius rei habendæ, poſitum in iure cautionis, quod commemoratur in *d. L. etiam*, 27. *de ſol.* de quo illic Ulpianus ita ſcribit, ut dicat ſi id ius deeſt, fundum quanvis creditori traditum, adhuc peti poſſe: ſignificans hoc caſu maxime debitorem non liberari. Ubi cautionem accipere debemus, qua de evictione creditori promittatur. Hanc enim deſideranti creditori præſtandam eſſe, & niſi præſtetur, fundum adhuc ab eo peti poſſe ad eamdem ſententiam ſcriptum eſt diſerte in *L. Iulianus*, 131. *§.* 1. *D. de verb. obl.* Tantum inter hanc cautionem & uſumfructum qui abeſt, ad debitoris liberationem hoc intereſt, quod ſi hæc cautio non præſtatur poſtulanti creditori, nulla in parte liberatio contingit. Unde eſt, quod placet rem ipſam quæ tradita eſt, totam adhuc peti poſſe, quaſi ſcilicet non ſolutam. *d. L. etiam*, 27. *de ſol. d. L. Iulianus*, *§.* 1. *de verb. obl.* & hoc, quia hæc cautio ad univerſam rem habendam pertinet. Cum autem proprietas transfertur in creditorem ſine uſufructu, nihil amplius hic de eo traditur a veteribus, quam uſumfructum adhuc peti poſſe, atque adeo petendum eſſe. *d. L. Mævius*, *§. pen. D. ad leg.* 2. *L. eum qui ita*, 56 *§. pen. D. de verb. obl.* Et recte. Iam enim proprietas creditori data eſt: quæ ſi maximam dominii partem obtinet, ſequitur, ut hac ſoluta debitor pro ea parte liberetur, reliqua pars tantum maneat in obligatione, ut mox in ſolutione partis rei dicetur. *L.* 9. *§.* 1. *D. de ſol.* Quæ res declarat, quod dicitur in *d. L. etiam*, *de ſol.* re ſoluta, *quandiu aliquid iuri rei deeſt*, adhuc rem ipſam petendam accipiendam eſſe non de quovis iure rei, ſed de iure rei totius habendæ, cuiuſmodi eſt ius cautionis, de qua deinde illic ſubiicitur.

XIII. Sed hæc omnia ita ſunt, ut propoſui, cum res generaliter promiſſa aut legata eſt. In re certa promiſſa legatave ita locum habent, ſi hæc eadem facto debitoris, aut poſt eius moram contigerint: alioqui contra. Et ideo ſi quis ſervum ſuum Stichum promiſit, deinde alienum aut ſtatuliberum factum, aut uſufructu ei impoſito tradat, non magis liberatur, quam ſi ab initio hominem promiſiſſet, & eum qui eſſet in aliqua cauſſa ex his, tradidiſſet. *L. ſi ex legati*, *L. ſi ſervum*, *§. ſequitur*, *de verb. obl.* Quod ſi alieno ſervo promiſſo, priuſquam per debitorem ſtaret, quominus daret, dominus ſervum ſtatuliberum fecerit, aut uſumfructum ei impoſuerit, debitor talem præſtando liberatur, qui liberaretur omnino, ſi ſervus periiſſet, aut a domino manumiſſus eſſet. *L. ſi mihi*, 92. *D. de ſol. d. L. ſi ex legati*, *de verb. obl. L. quod te*, *D. ſi cert. pet.*

XIV. Hæc de iure rei ſolutæ dicta ſunt, ut intelligatur, quantum in eo iure præſtare oporteat creditori ad iuſtam ſolutionem. De corpore ipſo rei ſolutæ duplex quæſtio eſt. Una, utrum rem deteriorem factam dando debitor liberetur. Ac non liberari ſcriptum eſt in *L. qui ſibi*, 33. *D. de ſol.* De quo ut in quæſtione perplexa ſcripſi fuſius ad *L.* 3. *D. de cond. trit.*

XV. Altera eſt utrum dum in eo quod præſtatur, fiat res pleno iure accipientis, poſſit res debita ſolvi pro parte: an vero non niſi tota recte ſolvatur ad liberationem. Non loquor de iis rebus, quæ natura ſua diviſionem non recipiunt: quales ſunt ſervitutes prædiorum; qualia omnia facta in faciendo poſita, veluti inſulam ædificare, foſſam fodere, rem tradere: de quibus extat definitio Ulpiani in *L. ſtipulationes non dividuntur*, *D. de verb. obl.* omnia hæc diviſionem natura ſua non recipere: quod quam vere dicatur, ad eum locum oſtendimus. De his, inquam, rebus non quærimus. Stulte enim quæreretur, an hæ iure pro parte ſolvi poſſint, quarum nulla pars eſt. Stulte etiam, an in his pro parte ſoluta debitor liberetur, ubi conſtet partem ſolvi non poſſe. De iis quærimus, quæ natura ſua dividi poſſunt. Quo in genere ſupra cum de dividuis & individuis obligationibus ageremus, eſſe diximus corpora omnia, non tantum quæ in partes diviſas ſine interitu rei ſecari poſſunt, ut lapides, ligna, ſed etiam ea quæ uno ſpiritu & una contignatione ita continentur, ut ſi corpore & regionibus dividas, intereant: ut ſunt omnia animalia, navis, currus, & ſimilia: quas & ipſas licet corpore individuas, nihilominus intellectu in partes dividi poſſe diximus, non utique diviſas, ſed indiviſas, dum ſcilicet eas res ita alicui tradimus, ut fiant illi nobiſcum communes: qualis partium diſcretio in rebus communibus deſcribitur ab Ulpiano in

in *L. 5. D. de stip. ser.* Sunt & in hoc genere res incorporales exceptis servitutibus prædiorum, & usu, fere omnes: ut hereditas, rerum corporalium actiones persecutionesque omnes; in primis ususfructus, qui pro parte fundi & divisa & indivisa constitui potest. *L. 5. D. de usufr. L. 1. §. si ususfructus, D. ad leg. Falc.* De hoc ergo genere rerum quærimus, si quid ex his debeatur, an possit debitor, quod debet, particulatim solvere, ut si forte partem quandoque creditori offerat, eam iure cogatur accipere, nisi moram facere velit, & rursum parte a creditore accepta debitor pro ea parte liberetur. Et multum refert, utrum agatur de parte oblata, quam creditor rebus integris recuset accipere; an veto de parte ultro a creditore accepta, de qua quæratur, an debitor pro ea saltem parte liberetur.

XVI. Si hoc quæritur, an partem oblatam creditor accipere cogatur, generaliter tenebimus eum accipere non cogendum ab eo, qui totum debeat: sed iure eum recusare: proinde impune, id est ita ut recusando moram non faciat, & si quo casu pecunia oblata pereat, detrimentum sit debitoris, qui male obtulit, non creditoris, qui iniuriam recusando repulit. Sententia est in eo qui fateatur se totum debere, cuius nunc partem offert, vulgo recepta ab omnibus, uno fere excepto Alciato, & eadem verissima: quæ & auctoritate certa, & ratione iuris manifesta defenditur. Auctoritatem legis alicuius in eo si quis desiderat, non fane putem sumendam ex *L. tutor, § 1. D. de usur.* Constat enim ratio Alciato, qui ideo dicit in eo responso parte sortis soluta debitorem nulla ex parte in usuras liberari, quia stipulationis usurarum conditio id facit. Usuræ enim promittuntur sub conditione, si sors soluta non erit. Verum est autem sortem solutam non esse, si pars tantum sit soluta. Sed sententia expressa est in *L. obsignatione, C. de sol.* ubi de omni obligatione etiam pura simpliciter scriptum est, unumquemque oblatione & obsignatione pecuniæ debitæ liberari; sed adiicitur nominatim totius pecuniæ debitæ. Quibus verbis exprimitur hæc conditio, si tota pecunia debita obsignetur; unde intelligitur offerentem atque adeo obsignantem pecuniam debitorem, non alia conditione liberari, quam si totam debitam offerat. Si quæritur in hac sententia iuris ratio, manifesta est. Postulat natura obligationis, ut quomodo quidque contractum est, eodem modo & dissolvatur: neque aliter licet invito creditore. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Sic autem omnis obligatio ab initio contrahitur, ut quod inde debetur, semel totum deberi incipiat. Quare ex eadem natura obligationis est, ut quod totum inde deberi cœpit, etiam totum solvatur, si creditor postulet, & si partem recuset, iure suo faciat. Item & illud certi iuris est, quoties debitor quod debet offert aliter, seu in aliam formam quam debet, non esse cogendum creditorem accipere, si ex ea re aliquid damni passurus sit. *L. debitorem, 99 D. de sol.* Iam vero si quis cum totum deberet, partem tantum offert, etsi pro ea sola parte vult se liberari; tamen hactenus saltem aliter solvere postulat quam debuit: neque id sine incommodo creditoris: quoniam partium solutio non minima incommoda habet, ut est in *L. 3. D. fam. erc.* Proinde partem ab eo oblatam qui totum debeat, non est cogendus creditor accipere. Et hactenus in eo debitore qui totum fateatur se debere, cuius de parte solvenda nunc agitur, mihi cum aliis interpretibus convenit.

XVII. Illud non convenit, quod si quis fateatur se partem tantum debere eius totius quod creditor petit, & eam partem debitor nunc offerat, putant creditorem accipere cogendum, quasi hæc sententia sit *L. quidam, D. si cert. pet.* Ego autem puto creditori ad partis oblatæ recusationem satis esse, si ei debetur totum, & ei pars offeratur tantum, etiam si debitor minus deberi affirmet. Nam quid eius affirmatio aut infitiatio in re mutare potuit? Et quid si debitor consulto neget se debere totum, ut facilius ad partis solutionem admittatur? Æquumne videtur ei aut mendacium suum aut fallam affirmationem prodesse debere, quæ potius omni ratione & civili & naturali illi nocere debeat? *L. ult. D. de rei vind. L. factum cuique, D. de reg. iur.* Neque *L. quidam, si cert. pet.* advetsatur. Sed non persequar huius sententiæ confirmationem longius. Nam cum de tota hac quæstione scripserim accurate & ex professo ad *d. L. quidam, num. 15.* & deinceps, ubi & de iis quæ contra disseruntur ab Alciato, & de sententia eius *L.* abunde respondi: malo sumi ex eo loco, quod huc pertinet, quodque si cui videtur, ad hunc locum transferatur. Sane interdum & partis solutio admittitur: quod partim favore libertatis receptum est in eo servo, qui ut ad libertatem perveniat, decem dare debet. *L. 4. §. si decem, D. de stat.* partim in pensitatio-

nibus

nibus publicis, ut eas particulatim liceat solvere, dum ne pluribus vicibus in singulos annos, quam tribus. *L. placuit, C. de col. fund. patrim. lib.* XI. Sed & has caussas ibi indicavi, & exposui pluribus: atque illic ostendi, cum iure singulari receptum id sit in his caussis, vel hoc ipso maxime contrarium ius in cæteris caussis omnibus confirmari.

XVIII. Quod si parte soluta quæritur, utrum pro ea parte debitor liberetur, necne: de eo ex conditione obligationis æstimandum est. Est enim, cum obligatio res natura sua dividuas continens, etiam conditione ipsa obligationis divisionem recipiat: est, cum hac ipsa conditione non recipiat. Illæ & natura rerum & conditione obligationis divisionem, seu partis præstationem recipiunt, in quibus si res una promittitur, ea promittitur certa, id est ita, ut eius præstatio non pendeat ex electione debitoris: aut si promittuntur plures, promittuntur coniunctim, vel nomine aliquo multitudinis, puta collectivo, aut plurali. Cuiusmodi sunt hæ stipulationes: Stichum dabis? Stichum & Pamphilum, & Erotem dabis? gregem illum dare spondes? decem aureos dabis? In his omnibus partis solutio præstat liberationem. Qui decem debet, exempli gratia, quinque solvendo in eam partem liberatur, & reliqua quinque in sola obligatione remanent: & qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem Stichi tantum tenetur. *L stipulatus*, 9. §. 1. *L.* 1. *L. si is cui.* 94. in pr. *D. de solut. L.* 2. *D. de verb. obl.* Nempe ideo, quod cum res ipsæ natura sua recipiant hanc divisionem, etiam ipsa conditio & status obligationis eam liberationem admittit: ubi scilicet reliqua parte quandoque postea soluta non potest aliud evenire, quam ut creditor recipiat eam rem ipsam totam, quæ illi ex obligatione præstari debuit: quod quale sit, ratione alterius cognita, magis intelligetur.

XIX. Est igitur alterum genus obligationum, quod nihilominus quam superius continet res natura suas dividuas, atque adeo continet easdem: sed conditione ipsa obligationis divisionem non recipit; ut si quis ex hoc genere partem rei promissæ solvat, non prius liberetur, quam totum solverit. Id autem est, in quo contrario modo atque in superiore, res incerta promittitur; quod fit, cum promittitur una aliqua ex pluribus electione debitori tributa. Cuius generis species hæ sunt tres; obligatio generis, alternativa, & pœnalis. Generis, veluti, hominem dabis? Alternativa, veluti, Stichum, aut decem aureos dabis? Pœnalis, veluti, Stichum dabis? si Stichum non dederis, decem dabis? quorum generum de prioribus duobus est *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obl.* de tertio in *L.* 5. §. *ultim. D. eod.* In his omnibus res una promittitur ex pluribus, & ea quam debitor elegerit, nisi quid aliud de electione nominatim convenerit. Qui hominem promisit generaliter, etsi orationis compendio omnes homines complexus est, qui dari possunt; non tamen omnes promisit, sed unum aliquem ex omnibus; & eum quem ipse volet. *L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. §. *præterea si quis generaliter*, *Inst. de act.* Similiter qui illud aut illud promisit, non debet simul utrumque, sed alterum dumtaxat: & id incertum; quia id futurum est, quod ipse elegerit. *L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *D. de verb. obligat.* §. *huic autem*, *Institut. de act.* Eadem unius rei præstatio est, & in hac præstatione eadem incertitudo ex electione debitoris in illa stipulatione, Stichum dabis: si Stichum non dederis, decem dabis. Hic enim debetur alterum tantum. *L. ita stipulatus*, 115. §. *ult. D. de verb. obligat.* Id quod non futurum sit, ideo incertum, quia est in potestate debitoris Stichum dando evitare pœnam: & contra Stichum non dando malle pœnam subire. In his omnibus constanter traditum est, debitorem unius rei quæ ex genere rerum promissarum sit, partem solvendo pro ea parte non liberari, quandiu non totam eam rem dederit. Qui hominem generaliter promisit, si partem Stichi dedit, *nondum*, inquit Paulus, *in ulla parte stipulationis liberatio nata est*, *L.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* In eandemque sententiam est illud Ulpiani, quippe superiori consequens, ut partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non desinat: denique homo adhuc ab eo peti possit. *L.* 9. §. 1. *D. de sol.* idem traditum in *L. qui hominem*, 34. §. 1. *eod.* Sane ut idem Ulpianus adiicit, si debitor reliquam partem Stichi solvat, aut per actorem stet, quominus accipiat, debitor eventu liberatur: quia tunc certum fit solutum esse quod debebatur. *d. L.* 9. §. 1. *de sol.* Sed prius nulla liberatio est, ne pro parte quidem.

XX. Quid ergo, pars soluta interim a debitore condici potest? *Et aut statim condici potest*, inquit ibidem Paulus, *aut in pendenti est, donec alius detur. d. L.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* Statim condici potest, non simpliciter, sed hac condicione, si alium hominem debitor dederit, ut subiicit,

ricit. Sic enim eventus declarat partem ante solutam debitam non fuisse, quæ nihil contulit ad liberationem debitoris. *L. si non fortem, §. pen. D. de cond. ind.* Rursum in pendenti est, an possit condici, eoque interim condici non potest, quandiu pendet, an alius detur; quia ex eventu pendet, an pars ante soluta fuerit debita. Quæ si fuit, certe tanquam indebita condici non potest. Esto enim, potuerit debitor alium hominem dare, ut certum fiat ex eventu partem solutam indebitam fuisse: at certe idem potest pro electione sibi concessa præstare reliquam partem eiusdem Stichi: quod si fit, eveniet e converso, ut pars prius soluta debita fuisse intelligatur; & debitor liberetur. Cumque hoc possit ita accidere, non potest ante hunc eventum certo dici eam partem esse indebitam: qua propter nec ut indebita condici potest. Hoc de condictione partis solutæ, quæ debitorem non liberat, sic explicatur in *d. L. si non fortem, §. pen. de cond. ind.* Quod in una specie rei generaliter promissæ diximus, idem per omnia scriptum legimus in *ead. L. si non fortem, §. pen.* in hac specie, cum decem aut Sticho promissis debitor solvit quinque aut partem Stichi, quæritur quæ interim de liberatione eius partis, & de eius condictione. Idem in *L. qui hominem, 34. §. stipulatus, §. si decem, D. de sol.* Idque est quod Paulus generaliter definit in *d. L. 2. §. 1. de verb. obl.* eiusdem conditionis esse banc stipulationem Stichum aut Pamphilum dari. Nec dubium est, quin in stipulatione pœnali superiore idem intelligi oporteat, si quis Stichi partem dederit, ut neque hactenus liberetur debitor, neque eo minus creditor totam pœnam possit petere. *arg. in d. L. 5. §. ult. de verb. obligat.*

XXI. Cur ergo homine generaliter promisso, & in reliquis generibus superioribus, parte Stichi soluta minus pro ea parte debitor liberatur; quam cum Sticho promisso eius partem solvit: cum idem sit Stichus, & eadem partis præstatio? Quia, inquit Paulus, in his generibus parte rei soluta nisi ea res tota detur, stipulationi satis non fit. *d. L. 2. §. 1. de verb. obl.* Idest ut ipse alibi interpretatur, quia in his generibus parte soluta si debitor liberetur, evenire possit, ne non consequatur stipulator quod stipulatus est. Stipulatus est enim unam rem totam. Admissa autem superiore partis liberatione, futurum sit, ut in diversis hominibus recte partes solvantur: quæ sane unam rem non efficiunt. Hoc ille in *L. in exsecutione, §. pro parte, D. de verbor. obligation.* Id brevius dictum, obscurius est fortasse. Quare explicemus hoc idem paulo pluribus verbis: quomodo fiet, spero, superioris sententiæ ratio tota non solum planior, sed etiam certior. Est igitur hæc sententia: Ideo in his generibus parte soluta liberatio pro ea parte non contingit, quia stipulatio certam conditionem accepit de re præstanda, quæ conditio istam divisionem non admittit. Conditio obligationis hæc est, ut quemadmodum pro ea conditione debitori liberum est ex rebus promissis unam aliquam præstare, quam velit: ita saltem quæcumque ea futura est, ut unam integram præstet, quam creditor consequatur: puta, ut homine generaliter promisso det unum hominem. Sticho aut Pamphilo promissis det unum ex his totum. Sticho aut pœna promissa det ex his alterutrum integrum. Atqui si parte ex his rebus soluta volumus debitorem pro ea parte liberari: eveniet ut fiat maxime adversus hanc conditionem atque hunc finem obligationis. Sic enim fiet, ut debitor alterius rei partem postea solvendo liberetur, atque ita pro una re quam consequi creditor debuit, consequatur tantum duarum rerum partes, quæ sane rem unam ex his quæ in obligationem deductæ sunt, non efficiunt. Quapropter repugnat in his conditio obligationis, quominus ea partis præstatio & liberatio admittatur. Ut autem partis solutione in bis admissa liceat debitori in alia re partem alteram solvere, id sic accidit in singulis generibus superioribus. Finge hominem generaliter promissum, & solutum a debitore partem Stichi ultro accipiente creditore. Si debitor pro ea parte obligatione liberatus est, necesse est remanere in obligatione solum partem non sane Stichi, sed rei in obligationem deductæ: proinde hominis in genere: quoniam homo generaliter promissus est. Quam partem reliquam si solam debet, sequitur, ut alterius cuiusvis hominis partem solvendo liberetur, qui in tota ea obligatione, quem hominem solveret, electionem habuit. In quo apparet iam duorum hominum partes solvi. Hoc autem non est unum hominem dare, id quod conditio & finis obligationis pro creditore exigebat. Finge similiter Stichum promissum, aut decem. Si Stichi parte soluta liberatur debitor pro ea parte, nihil supererit in obligatione, nisi pars : non eiusdem Stichi, sed pars rerum ea stipulatione disiunctim promissarum. Secundum quam conditionem erit in potestate debitoris vel eiusdem Stichi partem solvere, vel partem decem

decem, ideſt quinque. Fac ergo quinque ſoluta. Nempe hic eveniet idem illud quod ſupra, ut nihil ſolvatur ſolidum ex iis rebus, quæ in obligationem deductæ erant, ſed pars Stichi, & pars decem: quæ partes quanvis iunctæ neque Stichum efficiunt, neque decem: quorum tamen alterum ex obligatione ſolidum præſtari oportet. Idem facile eſt intelligi in illa ſtipulatione, Stichum dabis? ſi Stichum non dederis, decem dabis? Nihil ſimile in obligationibus cæteris, in quibus ab initio res certa in obligationem deducta eſt. Nam cuiuſcunque rei pars prius ſoluta erit, neceſſe eſt eiuſdem rei partem alteram in obligatione manere, quoniam ea res ipſa ita promiſſa eſt, ut non liceret debitori alteram eligere. Soluta autem altera eiuſdem rei parte, ſemper futurum eſt, ut ſolvatur quod promiſſum erat; atque hoc modo ſatisfiat ſtipulationi, ex quo ſtipulator conſequitur, quod ſtipulatus eſt; id quod nunc ſolum ad ſolutionem exigimus.

C A P. XII.

De effectu ſolutionis: & cum plures ſummæ ex diverſis cauſſis eidem creditori debentur, una ſumma ſoluta ad cuius cauſſæ & obligationis liberationem proficiat.

Solutionis effectus in eo eſt, ut omnem obligationem tollat. I.
Contrariis occurritur. II.
Obligationem tamen non aliam ab illa in quam ſolutum eſt. III.
In quam cauſſam acceptum ferre debeat, quod ab uno qui debet ex pluribus cauſſis ſolutum eſt in unam & alteram ſummam. IV.
Intereſt, an debitor cauſſam demonſtraverit, in quam ſolutum vellet, & creditor in illam acceperit; an vero hic recuſaverit, aut ille nihil dixerit: & quid in utroque. V.
Emendatur locus in L. 1. de ſolut. in extremo, *& aperta Ulpiani ſententia redditur.* VI.
Si nihil dictum ab utroque in quam cauſſam ſolutum velint, fit interpretatio in cauſſam debitori graviorem; cum de ſummis principalibus agitur. VII.
Quæ cauſſa gravis ſit, & quæ non gravis: tres cauſſæ non graves; & quæ illæ. VIII.
Quod in harum ſingulas ſolutum eſt, acceptum non ferri. IX. X.
Exponitur Ulpiani lectio in L. 1. verſ. aut in illud D. de ſolut. X.
Inter graves cauſſas, in quas primo ſolutum oporteat, illa ordine prior in qua dilatio periculum infert famæ ſen pecuniæ aut moleſtiæ; quale unumquodque. XI.
Secunda ordine illa, in qua debitor ſuo non fideiuſſorio nomine debet. XII.
Tertia ordine, quæ antiquior. Qui antiquior contractus in liberto e. c. XIII.
Exponitur L. in liberto 77. D. de ſolut. XIV.
Si quid amplius in priorem cauſſam ſolutum ſit, ſuperfluum in reliquas ordine cauſſas tribuetur. XV.
Solutum in pari contractuum & temporis cauſſa in ſingulas ſummas proportione dividitur. XVI.
Solutum in ſortem & in uſuras ſimpliciter, in uſuras prius, in ſortem deinde acceptum ferri, & quare. XVII.
Niſi forte creditor ſolutum acceperit in ſortem. XVIII.
Quid ſi ita caverit debitori, ut in ſortem & uſuras accipere dixerit; an eo ordine acceptum feret. XIX.
Quod acceptum ferri debet, ad uſuras ex ſtipulatione, non ad alias ex pacto debitas pertinet. XX.
Si in poſteriores pignus fuerit datum, eo diſtracto, pretium creditor acceptum feret ad harum quantitatem. XXI.
Si in utraſque; pretium dividetur æqualiter in ſingulas. XXII.

I. CUm quod debetur ita præſtitum erit, ut ſupra diximus, omnibus partibus præſtationis ad ſolutionem concurrentibus cum in re debita, tum in perſonis ſolventis & accipientis, tum in circumſtantiis rei gerendæ, id eſt in tempore, loco, quantitate iuſta præſtationis: ſi creditor præſtitum accipit, ſolutio perfecta eſt. Qua conſtituta vis & effectus eius quærendus eſt. Eſt autem vis ea, quam

quam complectitur superior illa definitio, quæ a nobis initio huius liberationis posita est, cum ita definitur, solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. Exstat *Inst. quib. mod. tol. obligat.* in prin. Dicitur tolli, ut intelligamus eam tolli penitus, id est ita, ut nulla amplius supersit eo nomine actio, quam necesse sit facto aliquo & per exceptionem removeri. Quod quia fit iure ipso de obligatione ita tollenda constituente, ideo dicitur tolli ipso iure, & iure civili, quo de hoc genere liberationis cautum est. *L. Stichum*, 95. §. *naturalis*, *D. de solut. L.* 5. *C. de pact.* Dicitur tolli hoc modo obligatio omnis, ut sciamus genus hoc liberationis sine exceptione ad omnes obligationes quoquo modo contractas tollendas pertinere: quod non item in omnes liberationum species cadit. Obligationum quæ quidem vere obligationes sint, genera summa sunt duo, ut suo loco diximus; naturalis, & civilis cum re, id est civilis, quæ actionem habeat sine metu perpetuæ exceptionis: ut sciamus recte dici omnem obligationem solutione tolli, hoc modo utrumque istud genus tollitur. De naturali obligatione constat, idque ita traditum in *d. L. Stichum*, §. *naturalis*, *de sol.* exemplum in *L. si suo*, 83. *eod.* Et certe naturali obligationi dissolvendæ nulla magis convenire potest liberatio, quam naturalis. Ea est autem solutio, quæ præter cæteras omnes naturalem præstationem rei debitæ continet. *L. solutam*, 49. *D. de solut.* Sed non eo minus & solutione tollitur civilis quævis obligatio, & quidem iure civili *d. L.* 5. *C. de pact.* Nec interest, utrum sit ex contractu, an aliunde, puta quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio. Nam quodcunque ex his genus est, semper est aliquid in obligatione, quod sit præstandum, ut definitio obligationis declarat: quod cum præstitum est, quia satisfactum est obligationi, necesse est tolli obligationem, quia non sit amplius quod inde oporteat præstari. Hæc autem præstatio omnis solutio est, ut definivimus.

II. Dixeris tamen non omnem obligationem tolli solutione, quia non tollitur ea, quæ est [1] civilis tantum. Diximus suo loco civilem tantum obligationem esse, cum obligatio civiliter & utiliter initio constituta, postea cœpit oppositam sibi habere exceptionem perpetuam, qua summoveretur: ut, si quid ex mutui caussa mihi debeas, & pactus sim, ne a te petam, aut aliquid aliud fecerim, unde exceptiones nasci solent. Hic manet nihilominus civilis obligatio & actio, quæ prius fuerat; sed quæ removeatur exceptione tanquam obligatione naturali sublata, ut declaratur *Institut. de exc.* in princip. & deinceps. Hanc, inquam, civilem obligationem solutione tolli negat Iulianus in *L. qui hominem*, 34. §. *ultim. D. de sol.* Ait enim eum qui perpetua exceptione se tueri poterat, solutum repetere, & ideo non liberari: quod nihil aliud est, quam ea solutione non esse sublatam obligationem civilem, qua prius tenebatur. Et certe non liberatur ea obligatione, sive ignorans se habere exceptionem solverit, de quo Iulianus loquitur, sive sciens. Nam si ignorans solvit, habet condictionem indebiti per errorem soluti. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* Nec potest simul & solutum condicere, & ea solutione liberari. *L. si non sortem*, §. *penult. D. de cond. ind.* Si sciens solvit, non repetit quidem; non tamen ideo, quia solvit & liberatur, sed quia donare voluit. *L. indebitum*, *C. de condiction. L. Campanus*, *D. de op. lib.* Ita utroque modo efficitur civilem illam obligationem solutione non tolli: quod & verissimum est. Sed non eo minus verum est solutione tolli omnem obligationem, quia obligatio illa civilis, quæ civilis tantum est, verbo obligatio dicitur, re non est, ut suo loco diximus. Unde pecunia ex hac obligatione debita, dicitur ab Ulpiano *debita iuribus non esse pecunia:* iuribus, id est omni iure, & civili & prætorio. *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Prætorio quidem non habetur debita, cum hoc ipso iure tanquam de indebita comparata sit exceptio debitori. Sed nec iure civili debita intelligitur, quæ hoc iure cum effectu peti non potest actione per exceptionem summota. Nihil enim interest, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Denique quod Iulianus dixit pecuniam ex hac caussa solutam repeti posse, non aliam caussam habet, quam hanc ipsam, quod pecunia fuit indebita: quæ si quo modo deberetur, cessaret soluti repetitio: quæ & ratio redditur in *L. si*

1) Immo & hæc. Nam aut erit perpetua nec ulla ratione tolletur, aut qua ratione alia tolletur si non solutione. Quare *d. L.* 34. §. *ult.* accipio ut ita non tollatur, si solutum postea repetatur, per *L.* 55. *h. t.* Nam si sciens solverit vel eo animo ut civili hac, qualicunque obligatione liberetur, quidni liberari eum dicemus. Quis admittet actionem etiam tunc creditori superesse quæ ipso iure teneat, cui nisi exceptionem reus opponat, eamque initio litis contestetur, denuo condemnandus sit. Quis dicet eo casu pacto effici posse, ut actio plane reddatur inutilis &c.

L. si non sortem, §. *indebitum*, *D. de cond. ind.*

III. Quod tamen dicitur solutione tolli omnem obligationem, sic intelligendum est, non ut solutione unius rei aut summæ debitæ tollatur omnis obligatio qua debitor prius tenebatur, sed ut tollatur ea in quam solutum est, quod debebatur. Nam alia quam in quam id solutum est, solutione non tollitur. Quid ergo; potest solvi id quod debetur, ut tamen non solvatur in eam obligationem, ex qua quid debetur? Sane multis modis. Quod generaliter contingit, quoties creditori cum uno & eodem debitore plures sunt res rationesque contractæ ex diversis caussis, quarum ille ex singulis diversas summas debeat. Ut si quis eidem creditori quid debeat ex caussa mutui, quia decem mutua ab eo aut decessore eius acceperit: si quid ex caussa societatis, quam contractam cum eo habuerit; si quid ex caussa mandati, depositi quod ab illo susceperit; tutelæ, cum pupilli tutelam gessisset, cui creditor heres exstiterat; furti, quia in harum rerum administratione aliquid interverterat; ex caussa fideiussoria, quia apud eum creditorem pro alio fideiusserit. Cum ex singulis his caussis singulas summas & eas diversas debeat; fingamus eum aliquam summam solvisse, quæ efficiat unam aliquam aut duas ex iis, quæ debentur, sed non omnes: ut necesse sit aliquas caussas hic sublatas esse, reliquas manere. Nempe hoc necessario quærendum erit, quænam hæ sint, quæ sint ista solutione sublatæ, ut proinde reliquæ manserint. Ex certi iuris est, eam obligationem sublatam, in quam ea summa soluta est, & solam. *L.* 1. *L. cum ex pluribus*, 103. *D. de sol.*

IV. Quo iure posito, sequitur illa quæstio ad effectum solutionis plane pertinens; quod ita solutum est ab eo, qui ex pluribus caussis plures diversas summas debuerit, in quam caussam & obligationem acceptum ferri debeat. Nec temere id quæritur; etsi enim dici potest, semper unam aliquam obligationem ad eam quantitatem sublatam esse, ut solutio non sit futura inutilis: tamen in quam potius acceptam feratur, ad commodum debitoris multum interest. Sunt enim ex his caussis ut plurimum aliæ aliis graviores: & refert debitoris graviores prius sublatas esse, ne eum onerent. Hic locus est, qui tractatur in *L.* 1. usque ad *L.* 9. continenter; itemque aliis aliquot capitibus sub *tit. D. de sol.* quo etiam pertinet *L.* 1. *C. eod.* Sed ita perturbate & perplexe, ut difficile sit certi aliquid quod hic sequamur, ex his efficere. Sed & interdum ea confusio est, ut nisi sedulo attendimus, responsa ipsa veterum de hac re inter se dissidere videantur. Danda est igitur opera, ut hic locus paulo diligentius & certius explicetur.

V. Sit ergo hoc primum in hac re, sicut in cæteris in quibus voluntate contrahentium quid geritur, ut in eo quod solutum est cum quæritur in quam caussam solutum habendum sit, videamus quid actum sit inter dantem & accipientem. Nam quod hic actum esse constabit, id ut alibi servandum est. *L.* 6. *D. de sol. L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. iur. L. ubi*, *D. de reg. dub.* Quid autem hic actum sit, ex demonstratione debitoris aut creditoris quæ in re gerenda intervenit, intelligetur. In qua demonstratione si quæritur quid utrique liceat, servandum est, quod de eo subobscure indicatur in *L.* 1. & *L.* 2. *D. de sol.* planius traditur in *L.* 1. *C. eod.* ut quoties quis debitor ex pluribus caussis unum debitum solvit, sit in potestate solventis tempore solutionis dicere, quod potius debitum, seu in quam caussam exsolutum velit; & quod dixerit, id erit solutum. *d. L.* 1. in pr. *D. d. L.* 1. in pr. *C. de sol.* Sed hoc ita est, si ista demonstratione solutum creditor accipiat. Quod si alio nomine exsolutum velit, liberum est ei in re agenda non accipere; quo facto ne in eam caussam solutum sit, consequetur: hoc in *L.* 2. *D. de sol.* Non quod si creditor recuset sine iusta caussa accipere, non possit pecunia obsignari a debitore ut liberetur; aut quamvis non sit obsignata, creditor non faciat moram, & periculo eius pecuniæ amissæ obligetur: de quibus paulo post suo ordine: sed quod si neque pecunia obsignata erit, neque amissa, semper verum sit eam pecuniam in debitum demonstratum non esse solutam, quam creditor non accepit, idque impune. Sed hoc ita, inquam, si creditor non acceperit. Solum enim hoc ei liberum relinquitur non accipere, in *d. L.* 2. Quo fit, ut si ultro acceperit, rata sit in eam caussam debitoris demonstratio, & is in eam caussam liberetur. Quid tamen, si creditor testetur se in aliam caussam accipere? Consequens est [a] eum

a) Vulgo tamen eo casu quo creditor debitori constituenti non assensit, solutionem in nullam caussam cedere volunt, nec liberationem sequi, sed solutum condici posse, quod multis refellit Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 4. osten-

eum nihil agere, si pecuniam accepit, & retinet debitore in priore demonstratione perseverante: cum ut dixi, ei repugnanti solum hoc concedatur, ne accipiat. Quod si debitor dum solvit, non dixit in quam caussam solutum vellet, scriptum est in *d. L.* 1. *C. de sol.* converti electionem ad eum qui accepit, id est ad creditorem. Quo significatur, ut prius in debitoris, sic nunc in potestate creditoris esse constituere, cui potius debito acceptum ferat, ut de accipiente loquitur Ulpianus in *d. L.* 1. vers. *quoties*, *de sol.* Quod cum dicimus, apparet hoc dici: quemadmodum debitor tempore solutionis potuit constituere in quam caussam solutum vellet, ut in eam caussam solutum esset, sive ea caussa esset illi gravior sive levior: sic eius demonstratione cessante posse creditorem eodem tempore constituere, in quam caussam acceptum ferat non tantum graviorem; sed etiam leviorem, ut quod solutum est, etiam in leviorem solutum habeatur.

VI. Quod & ipsum significat aperte Ulpianus in *d. L.* 1. in extremis verbis, *iuncta L.* 3. quæ eiusdem auctoris est, & primæ illius appendix: si modo mendum quod est in extremis illis verbis non difficile observatu abstergatur. Sic autem illa verba sunt, ut leguntur in omnibus exemplaribus etiam Florentinis: *Sed constituere in re præsenti, hoc est statim atque solutum est.* Quæ verba si ad præcedentia referuntur, ut hoc dicat Ulpianus, permitti creditori constituere in quod velit solutum, dummodo sic constituat, ut in re sua faceret, id est, in caussam duriorem: sed ita hoc ei permitti, dum id constituat in re præsenti, hoc est, statim atque solutum est: hoc modo, inquam, si accipimus, sententia aperte falsa est. Nam dum creditor in duriorem caussam solutum acceptum ferat, potest id facere, & in re præsenti, & postea. Immo vero postea hoc ipsum facere cogitur, ut sequitur eodem auctore in *L.* 3. ubi ita subiungit: *Cæterum postea non permittitur:* & addit; *hæc res efficiet, ut in duriorem caussam semper videatur sibi debere accepto ferre.* Rursum si verba sic accipimus, ut novam orationem instituant, quæ ex præcedentibus non pendeat: perspicuum est nullam sententiam his verbis absolvi, & orationi aliquid deesse. Quid ergo est? Mendum est in illis verbis, *hoc est:* quod Accursius dum non observavit, non mirum, si cum difficultate loci varie luctatus, tandem nullam idoneam sententiam ex his verbis eruere potuit. Pro, *hoc est*, legendum est 3 *potest*, litera *h*, mutata in *p*, & *e*, in *t*. Inter quas literas quanta sit affinitas, norunt omnes, ut facile in harum mutatione error obrepere potuerit: aut verius ut potuerit facile scriptura vetus transformari ab his qui unum contextum in superioribus verbis cum prioribus esse putarent. Restituto autem verbo *potest*, & oratio integra est, & sententia totius loci plana ac certa efficitur: creditorem nimirum posse quovis tempore constituere, in quod solutum velit, dum constituat ut in re sua constitueret: sed simpliciter constituere si velit, posse eum id facere in re præsenti, statim atque solutum est. Cæterum postea ei non permitti: nisi illa conditione, ut in duriorem caussam sibi acceptum ferat. Sed addit, dum modo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus: id autem postea interpretatur in duriorem caussam in *d. L.* 3. Non ergo potest constituere in leviorem caussam solutum, ut diximus, & ipse aperte indicat in eadem *L.* 3. Immo potest, dum in re præsenti id facit, ut ipse adiicit. Nec priora illa verba, *quoties vero*, refragantur. Nam & verba & contextus totius orationis Ulpiani satis nos admonent, Ulpianum illic loqui de eo creditore, qui post pecuniam acceptam, non in re præsenti constituat, in quam caussam solutum accepto ferat. Primum ait, *quoties* in quod solutum sit, *non dicimus* plurali verbo: quod ex proprietate verbi recte ita accipiemus, quoties ambo, id est, debitor, & ego creditor non dicimus: nempe in re agenda & tempore solutionis. Tum autem in extremis verbis distincte loquitur de eo creditore, qui in re presenti constituat, quid velit: quod certo argumento est illum prius de eo locutum

ostendens contradictionem creditoris impediri non posse liberationem in eam caussam, in quam solutum voluit debitor, modo suo tempore, id est initio id expresserit. Quæ enim voluntas, arbitrium, electio quæ alterius dissensu impediri potest. Et facit *L.* 102. §. 2. *h. t. L. ult. Quib. mo. pig. sol.* Nec obstat *d. L.* 2. *h. t. verba creditori liberum non accipere*, ceu exponit Pist. *d. n.* 4. *p.* 542. *& seq.* unde pete.

3) Nihil mutandum. Nec oratio imperfecta in Florentina lectione, sed vitiosa redditur hac correctione, ac perquam dura nostri expositio *ad L.* 3. *h. t.* Et imo non ita meræ ac liberæ voluntati creditoris res permittitur, uti cum debitor constituit, sed velut in boni viri arbitrio ponitur, Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 354. Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 7. Nec ideo inanis eligendi facultas: Quid enim si omnium debitorum par caussa; Quid si probare velit creditor se, si debitor esset in eam quam elegit caussam soluturum, licet levior sit, potius quam in aliam graviorem, Hart. Pist. *d. Q.* 21. *n.* 11. Quid si vere durior caussa ex ordine iuris a creditore electa, debitor autem ex intervallo velit in caussam aliam leviorem, certa ratione permotus, imputari. Non audietur invito creditore &c.

cutum non esse: alioqui stulta esset, & inepta inculcatio. Postremo quod omnem dubitationem eximit, idem in *L.* 3. diserte scribit, tunc demum creditorem constituere solum posse solutum in duriorem caussam, cum post pecuniam solutam id constituit. Maneat ergo illud, cum debitor non dicit, in quam caussam solvat, in potestate creditoris esse constituere, in quam caussam acceptum velit, etiam debitori leviorem. Sed & hoc rursum ita est, nisi debitor in re agenda contradicat: nam si neget se in eam caussam dare, licet ei testari, ut aut pecuniam recipiat, aut in id accepto feratur, in quod ipse tum constituerit. Hoc in *d. L.* 2. *de solutionib.*

VII. Si neque debitor, neque creditor dixerint tempore solutionis, in quam caussam quod datur, solutum vellent, in eo interpretatio voluntatis ex iure sumitur: quo de ea re in hanc distinctionem constitutum est, ut intersit, agaturne de pluribus summis principalibus, an de sorte & usuris: illic res æstimetur pro commodo debitoris; hic contra pro commodo creditoris. Tum, inquam, cum de pluribus summis principalibus agitur, sic de eo quod sine utriusque demonstratione solvitur, in summa ius est, ut solutum acceptum feratur non ex arbitrio accipientis, sed in caussam debitori graviorem, qua scilicet primo quoque tempore exonerari illi expedit: hoc Ulpianus in *L.* 3. *L.* 5. in princ. *D. de solutionib.* Idque est, quod idem aliis verbis definit in *L.* 1. *eod.* creditorem hoc casu posse constituere, cui debito potius acceptum ferat: dummodo constitnat in id solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus. Esset enim soluturus in eam caussam, quæ ipsi esset gravior & onerosior: & ut ipse loquitur in *L.* 3. ita in suo constitueret nomine, id est, in suo debito. Ex quo colligit, quod supra posui, si quid indistincte solutum sit, in graviorem & duriorem solutum videri, in eamque creditorem sibi accepto ferre debere. *d. L.* 3. *L.* 5. in princip. *de solutionib.* Constitutio & interpretatio veterum ducta ex illa æquitate naturæ, qua placet favorabiliores esse reos, quam actores: item, procliviores nos esse debere ad liberandum. *L. favorabiliores*, *D. de reg. iur. L. Arrianus*, *D. de oblig. & action.* Hinc quæsitum, quænam esset caussa debitori gravior. In quo hic rectus est & naturalis progressus, ut ante omnia constituamus caussam aliquam quæ sit gravis: sic deinde gravi inventa, quæramus inter plures graves quæ sit gravior, & ut quæque erit gravissima, ita primo loco amoveatur debitori: quem & progressum reperiemus veteres re ipsa servasse magis, quam verbis expressisse.

VIII. Illud ergo primum in hac re, ut constituamus in his caussis pluribus quænam sit gravis caussa, quæ non gravis. Et recte definiemus eam debitori caussam & obligationem gravem esse, ex qua cogi potest ad solvendum, quod debet: illam autem non gravem, ex qua quod debetur, exigi non potest. Propemodum enim pro non debito est, quod dare nisi velis, cogi non possis. *L. sub hac*, *D. de oblig. & action.* Hinc nata illa definitio Iuliani, quæ in hoc progressu primum locum obtinet; cum ex pluribus caussis debitor pecuniam solvit, ex ea caussa eum solvisse videri debere, ex qua tunc cum solvebat, compelli poterat ad solvendum. *L. cum ex pluribus*, 103. *D. de solution.* nempe quia hæc sola gravis debitori, quam nunc quærimus, cæteræ autem non graves. Caussæ ex quibus debitor cogi ad solvendum non potest, sunt tres: obligatio naturalis; obligatio civilis, sed in diem, aut sub conditione; obligatio civilis pura, sed quæ sit in controversia. Ex obligatione naturali in totum nulla petitio est, eoque nulla necessitas præstandi. *L. naturales*, *D. de obligat. & act.* Quod in diem aut sub conditione debetur interim peti non potest. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Sed & quod controversum est, non prius constat ex eo petitionem esse, quam reus eo nomine iudicio victus & condemnatus fuerit.

IX. Hinc totidem caussæ superiore definitione exclusæ, ne in has solutum acceptum feratur: quod & de singulis alibi nominatim traditum legimus a veteribus. Et si quid naturaliter debetur, ut usuræ pacto, exstat etiam de his constitutio Antonini, ne quod solurum est, in eam caussam acceptum feratur: ut quanvis usuræ ex pacti conventione nominatim solutæ retineri a creditore possint, tamen proprio titulo non numeratæ pro solutis ex arbitrio percipientis non habeantur, idest, quod simpliciter solutum est, non possit retineri a creditore in eas usuras, tanquam in eas pro æstimatione percipientis solutum esset. Exstat in *L.* 5. §. *Imperator*, in fin. *D. de solutionib.* Similiter & si quid in diem aut sub conditione debetur, diserte scribit Ulpianus in *L.* 3. *eod.* id videri solutum, cuius dies venit.

X. At enim ex eodem Ulpiano prius scriptum legimus in *L.* 1. *D. eod.* in hæc verba, creditorem in id constituere posse solu-

solutum, *in quod ipse si deberet, esset soluturus; idest, in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, in quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat*: quod sane aperte contrarium est, si prius illud, *aut*, pro vel accipimus. Erit enim hæc sententia; creditorem id quod solvitur, constituere posse solutum in id debitum, quod non est in controversia, vel in illud, in quod pro alio fideiusserat, vel in id cuius dies nondum venerat: quorum posterius idem Ulpianus diserte negat in *d. L.* 3. prius autem diserte Pomponius in *L.* 4. *eod.* Et vero ex ea definitione, quam supra posuimus, prior illa sententia aperte falsa est: ut dubitandum non sit, quin aut superior locus *L.* 1. mendosus sit, & pro priore particula, *aut*, legendum sit, *haud*, quod valet non; aut eadem particula retenta interpretandum *aut* pro non. Prius alicubi se legisse significat Accursius in glossa ad eam particulam, cum in extremo ita scribit: vel dic *haud* pro non. Idem & se legisse in uno vetere exemplari testatur 4 Russardus. Sed & posteriore & vulgari scriptura retenta; tamen nihil prohibet, quominus hoc idem *aut*, pro haud, idest non, positum accipiamus. Non enim novum est in Pandectis Florentinis omitti aspirationem, ubi ex usu communi addi solet: ut in *L. illud*, circa fin. *D. de peric. & commod. rei vend.* legitur oc casu, pro hoc casu, Et in *L.* 5. *§. ultim. D. de rescind. venditio.* legitur omo pereat, pro homo pereat, item in *L.* 4. in fin. princip. *D. de in diem addict.* anc speciem pro hanc speciem. Et quod ad literam, *t*, postremam attinet, ne ea nos moretur. Nam plerique non infimæ notæ Grammatici auctores sunt haud pro non scribendum 5 per *t*, non per d, ut sit haut, non haud. Quod cum ita sit, postquam accedit certi iuris ratio ex aliis locis cognita, quæ sententiam negativam exigat, non hærebimus in hac re, quin alterutro modo ex his locum aut emendemus; aut interpretemur. In eadem caussa cum superioribus est ea, quæ est in controversia, ut ante ostendi: in quam idcirco ex superiore interpretatione *L.* 1. placet creditorem solutum acceptum ferre non posse.

XI. Hoc intellecto, quæ sit gravis debitori caussa, in quam primo loco solutum constitui oporteat; proximum est, ut si quæ plures huius generis occurrent, ex quibus debitor diversas summas debeat, quæratur, quæ sit ex duabus gravior, ex multis quæ gravissima, quo hæc pro commodo creditoris primo loco subducatur. In quo animadverto tres a veteribus observatos esse summos & principales gradus, & in his servarum hunc ordinem, ut a gravissimis caussis 6 progressus fieret ad minus graves. Primus ergo gradus est in eo, si qua sit caussa eiusmodi, in qua dilatio damnum aliquod aut periculum adferat vel famæ, vel pecuniæ, vel molestiæ a pluribus creditoribus subeundæ. Periculum famæ versatur in iis actionibus, ex quibus damnatus ex edicto fit infamis; ut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi. *L.* 1. *D. de his qui not. infam.* Periculum pecuniæ est in iis, quæ si quid non præstetur, aut pœnam aut pecuniæ usuram continent, aut infitiatione crescunt, aut hypothecam adiunctam habent; ubi scilicet pecunia non soluta debitor pignoris distractionem patitur, in qua sæpe magnum debitoris damnum est. Atque hoc ex genere maxime est actio iudicati; ex qua bona debitoris capiuntur pignori, & distrahuntur, unde iudicatis satisfiat; accedunt etiam usuræ centesimæ, quibus ex caussa iudicati subiicitur condemnatus Iustiniani constitutione. *L. ultim. C. de usur. rei iudic.* Periculum molestiæ a pluribus creditoribus imminet, cum debitor aliquid debet satisdato, id est, fideiussoribus datis. *L.* 1. *D. qui satisd. cogan.* Hic enim habet duorum generum creditores: creditorem principalem, & fideiussores, qui non desinent debitori molesti esse, donec solvat. Placet igitur, ut quæque harum caussarum primo incurrerit, ita in eam caussam accepto ferendum, quod solutum est. Et quoniam in his periculis alia aliis sunt graviora, ideo etiam in hoc genere hic ordo servatus est a veteribus, ut primo loco potior habeatur ea caussa, quæ famosa est, ut in qua de existimatione agatur, re omnium gravissima.

4) Et Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 10. Sed Cuiac. 5. *Obs.* 34. ita mavult Græcorum auctoritate *non in id debitum quod est in controversia*, & Cont. 1. *Disp.* 7. *in fin.* quo quia idem sensus redditur lectori electionem præbet, Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 10. Verum Lycklama 5. *Membran.* 20. receptam scriptionem sic tuetur. Ordo hic: (1 Constituet sibi solutum debitum liquidum. Et donec proprio nomine debitum liquidum, non in id quod fideiussorio nomine debetur, multo minus quod in diem Sin cætera debita controversa, & quod fideiussorio nomine debet, liquidum, in hoc potius accepto feret. Quod si & huiusmodi nullum aut itidem illiquidum, tunc devenitur ad debitum, cuius dies nondum venerit. Quippe si ipse deberet magis adhuc se exoneraturus eo credi posset quam eo quod controversum haberet. Perperam vero Io. Leuncla. *Lib* 2. *notat* duplicem negationem ponendo legit *non in id debitum, quod non in controversia*, ref. Sim Ulric. Pist *in Add d. Q.* 21. *n* 10.

5) Sed Lipf. 3 *Var. Lect.* 29. ex Victorino Grammatico testatur *haut* scribi quoties a consonanti sequens dictio incipit, *haud* vero quoties a vocali. Atqui in *d. L.* 1. vocalis sequitur.

6) De quo & Menoch. *Arb.* C. 493. & 3. *Præsumpt.* 136. Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 15. *& seqq.*

sima. *L. cum ex pluribus*, 97. *L. si quid*, 7. *D. de solutionib.* Secundo loco ea, quæ pœnam continet: qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut usurarum adiunctam; qualis, quæ crescit per infitiationem; qualis obligatio & actio iudicati. *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 4. *dict. L.* 7. *D. de solutionib.* Tertio ea caussa, quæ sub hypotheca vel pignore contracta est, propter periculum distractionis pignorum. *d. L. cum ex pluribus*, 97. Postremo ea, ex qua quid debetur satisdato. *d. L.* 4. *de solutionib.*

XII. Si in caussis, ex quibus debitor ad solvendum compelli potest, nullum tale periculum metuitur ex dilatione, quale ante diximus; proximus gravitatis gradus est in eo, si qua sit caussa propria debitoris, non aliena: seu quid is suo, non pro alio fideiussorio nomine debeat. Ideo & post superiorem ordinem placet potiorem haberi caussam propriam, quam fideiussoriam. *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 4. *de solutionib.* Quæ sententia apud veteres iustam dubitationem habere potuit: cum iure vetere tam teneretur quivis ex caussa fideiussoria, quam ex sua: nam eo iure potestas fuit creditori relicto reo eligendi fideiussores. *L.* 5. *C. de fideiuss.* Unde & Papinianus in *d. L. cum ex pluribus* 97. huius sententiæ rationem reddere studuit præter cæteras; & ait id veteres ideo definivisse, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Ratio sumpta ex more & ingenio hominum, qui quia se sibi proximos ducunt, ideo non tantum ad utilitatem sed etiam ad officium suum pertinere putant sua potius curare, quam aliena: ex quo & illud tritum sermone proverbium apud Terentium in Andria, *Proximus sum egomet mihi*. Sed hodie res expedita est, neque omnino superiore ratione indiget. Nam hodie beneficio Iustiniani fideiussor propemodum in diem debet, vel potius sub conditione, si debitor principalis absit, aut præsens non sit solvendo. *auth. præsente C. de fid.*

XIII. Si nihil eorum interveniet, sed omnia nomina erunt & incommodo & proprietate similia: etiam hic tertius gravitatis gradus admissus est a veteribus, ut ex omnibus habeatur caussa gravior, quæ est antiquior. Ideo placet, cum cætera concurrent, quod indistincte solvitur, in vetustiorem & antiquiorem caussam solutum videri, *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 5. in princip. *L. ubi*, 24. *L. creditor*, 102. *§. Valerius*, *de solutionib.* Quod tamen prima fronte videtur a veteribus contra statui debuisse. Nam quo quæque caussa recentior est, eo est & debitori gravior: ut quæ longius distans a præscriptione longi temporis tollatur difficilius, eoque & magis debitorem oneret. Illa contra levior debitori, quæ est antiquior, propter hanc ipsam præscriptionem temporis: a qua quo minus distat obligatio, eo propior est liberationi, eoque & minus debitorem onerat. Et ita res habet. Si utilitatem spectamus debitoris, levior illi caussa est, quæ est antiquior: in qua non solvendo citius perveniat ad longi temporis præscriptionem. Sed hanc exspectare, atque ideo non solvere non est honestum. Turpe est diu debere aliquid, & in eo frustratorem videri. Turpius exceptionem temporis quærere, ut creditorem fraudes. Inde quæsitum interdum quis sit antiquior contractus: ut in liberto de contractu operarum dubitatum indicat definitio ad id explicandum comparata in *L. in liberto*, 77. *D. de solut.* Finge libertum debere patrono operas: eumdem post manumissionem pleraque contraxisse cum patrono, aut ex aliis caussis ei debere cœpisse, ita ut extra caussam temporis nulla ex his caussis alia esset gravior: deinde summam aliquam patrono solvere sine designatione eius summæ, in quam solutam vellet. Quia hoc casu dicimus id quod solvitur, in antiquiorem caussam cedere, quæsitum est, an operarum contractus cæteris esset antiquior, an cæteri hoc contractu. Quid enim, si proponas libertum ante cæteros contractus nihil operarum nomine debuisse patrono, sed tantum postea debere cœpisse, quia cum postea operæ indictæ essent, eas non præstitisset?

XIV. Et res definita est in *d. L. liberto, de sol.* his verbis: *in liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset.* Si hæc ratio addita non esset, intelligeremus ex verbis prius hoc dici, in liberto contractum operarum non posse esse antiquiorem cæteris, quos libertus cum patrono constitutos habet; & ideo cæteros esse antiquiores. Nunc hæc ratio ostendit contrariam sententiam accipi debere: esse autem hanc; contractum ullum antiquiorem esse non posse operarum contractu; ut hic verbum contractu repetamus ex proximo, significeturque, cum nullus alius contractus liberti possit esse antiquior, restare ut sit antiquior cæteris contractus operarum. Id autem dici sic ratio subiecta efficit, quod cum dicitur, sine

sine contractu operarum futurum fuisse, ut nec libertas data esset: significatur hunc contractum iam a principio libertatis datæ cum patrono esse interpositum: quod & verum est: non enim debentur operæ patrono, nisi tempore manumissionis impositæ. *L. 1. C. de op. lib. L. ult. D. de statul.* Quod si ita est, perspicuum est hoc colligi, quicunque contractus post hanc manumissionem secuti sunt, esse posteriores operarum contractu: eoque & hunc contractum cæteris esse antiquiorem. Hoc & Accursius recte intelligens eodem modo locum accepit: nisi quod ante verbum operarum putat subaudiendum, *quam*, quasi ita scriptum esset: in liberto antiquior contractus quam operarum esse non potest. Hoc quidem ad contextum orationis parum tolerabile, cum nusquam prius sit hoc, quam, unde in reliqua oratione id repetatur: sed tamen ad sententiam idem efficit.

XV. Sunt ergo hæ caussæ ordine, In quas quod solutum est, ante alias acceptum ferri debeat. Quod tunc nullam dubitationem habet, cum nihil amplius solutum est, quam quod in unam aliquam queat imputari. Quid fiet, si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit? quod amplius est, reliquis caussis suo cuique ordine tribuetur: quod his verbis expressit Papinianus in *d. L. cum ex pluribus*, 97. de solut. *nihilominus primo contractu*, inquit, *soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo, vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum*.

XVI. Quod si par dierum, & contractuum caussa sit; dierum, ut nulla alia aliis sit antiquior: contractuum, ut alii aliis non sint debitori onerosiores: hic Pomponii recepta definitio est ex omnibus summis pro portione videri solutum. *L. illud*, 8. *D. de solutionib.* Recte ex omnibus, non ex una aliqua præter cæteras, cum omnes caussæ pares sint. Recte pro portione, non æqualiter; ut in paribus caussis tantum uni tribuatur, quantum alii pro portione: quod proportio arithmetica exigit.

XVII. Hæc dicta sunt de pluribus summis principalibus, ex quibus itidem diversæ summæ debentur. In quibus de solutione unius summæ hoc placere in summa animadvertimus; quod sine demonstratione debitoris creditorisve initio solutum est, in graviorem debitori caussam solutum videri: proinde in eam, quam tolli debitori expediat. Diversa caussa est, ut proposui, cum agitur de sorte & usuris; ex quibus sortis obligatio principalis est, usurarum accessoria. Hic si quid solutum sit, quod ad utramque caussam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente servatur id quod scriptum est in *L. 1. C. de solut.* ut prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem 7) accepto feratur. Ergo in eam caussam, in quam accepto ferri creditori expedit, non debitori. Est enim creditori utilius ante acceptum ferri in usuras, quam in sortem: contra debitori prius acceptum ferri in sortem, quam in usuras. Nam sublata obligatione usurarum præteritarum, nihilominus manet sortis obligatio integra creditori, & simul obligatio futurarum usurarum: cum si sors prius solvatur, una cum sorte etiam tollatur obligatio usurarum accessoria. *L. eos*, in princ. *C. de usur.* quod creditori incommodum est; utile debitori. Cur ergo non hic quoque sequimur id quod debitori utilius commodiusque est, uti & in pluribus caussis principalibus? Quia in principalibus id fieri licet sine creditoris damno & iniuria: in sorte & usuris non licet. Nam cum in principalibus caussis quod solvitur, acceptum fertur in caussam debitori graviorem pro commodo eius; quamcumque eam caussam esse placet, semper ea una obligatio creditori tollitur, cæteræ ut æque principales integræ ei manent. Et æquissimum, quod debitori prodest, & creditori non nocet, id debitori tribui, quod nec extraneo cuivis in rebus aliis denegaretur. *L. 2. §. quamquam, D. de aq. plu. arc.* Et hactenus verum est, quod Ulpianus in hac specie scribit in *L. 1. D. de sol.* æquissimum visum esse creditorem ita rem agere debitoris, ut suam ageret: nempe in his caussis principalibus, in quibus id constituit solutum, quod debitori expedit: quia nihil præterea ei in cæteris caussis decedit. Id contra fit in sorte & usuris, si creditor solutum cogatur prius acceptum ferre in sortem. Sic enim eveniet, quod iam dixi, ut una cum sorte soluta tollatur etiam obligatio usurarum, quæ tanquam accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc vero non sine damno & iniuria creditoris. Ideo recte placuit non esse admittendum.

XVIII. Quod dicitur, in proposito id quod solvitur, prius in usuras accepto ferri, sic accipiendum est, si creditor ita con-

7) Vid. Hart. Pist. Q. 21. n. 25. & seqq. Iacob. Scultet. Q. pract. 45.

constituat. Potest enim in usuras accepium ferre, si velit: potest, & si velit, in sortem. Sed hoc posterius facere non cogitur. Totum enim hoc pro commodo eius constitutum est.

XIX. Quid tamen si creditor dum pecuniam accipit, ita caverit debitori, ut diceret se in sortem & usuras accipere? An prius in sortem acceptum ferre debebit, deinde quod superest in usuras, ut est ordo verborum superioris cautionis; an quia coniunctim dictum est, in sortem & usuras, debet quod solutum est, simul sorti & usuris decedere pro rata? Nam superior oratio utramque interpretationem recipit. Et placuit neutrum admittendum, sed ius superius in hac quoque cautione servandum, ut solutum prius acceptum feratur in usuras; tum deinde si quid superfuerit, in sortem cedat. Hoc in *L. 5. § ult. D. de sol.* At enim in re dubia a verbis cautionis discedendum non est. *L. non aliter, D. de legat. 3. L. 1. §. licet*, vers. *in re igitur, dubia D. de exerc.* Quid autem aliud significatur superioribus verbis, quam alterutrum eorum, quæ dixi? Immo illis verbis intelligi potest & illud tertium: ut quod solutum est imputetur prius in usuras, tum si quid superest, in sortem. Nam & cum summa accipitur isto ordine, semper verum est accipi in sortem & usuras, etsi verborum ordine ista convertuntur. Esto, contineatur superioribus verbis & hoc tertium: at certe semper constabit contineri etiam superiora. Cur ergo hoc tertium potius sumitur? Et huius obiectionis occupandæ caussa ratio redditur in *L. 6.* seq. de solut. *nec enim*, inquit Paulus, *ordo scripturæ spectatur; sed potius ex iure sumitur id quod agi videtur.* Recte Paulus. Significat enim, ut sunt superiores sententiæ, quas cautio proposita recipit, cautionem esse ambiguam. In ambigua oratione ex perpetuis præceptis iuris sequendum esse id quod actum est. *L. ubi, D. de rebus dub. L. semper in stipulationibus, D. de regul. iur.* Id quod si in hac cautione quæritur, recte ait id sumi ex constituto iure. Verisimile est enim contrahentes id quod agunt, attemperare velle ad id quod in more est, & iure publico, & id sequi, nisi quid appareat aliter eos sibi cavisse.

XX. Usuras hic quas accipere debeamus, videndum est. Nam quædam per stipulationem civiliter deberi possunt: quædam pacto tantum naturaliter. De iis quæ debentur civiliter, quas easdem debitor cogitur exsolvere, nulla dubitatio, quin aut ad nullas, aut ad eas superior constitutio maxime pertineat. Sed an pertineat etiam ad indebitas, quæ pacto naturaliter tantum debentur, possit creditor quod solutum est, etiam in eas solutum pro arbitrio constituere; id vero est quod in hac parte dubitationem recipit. Nam & hæ usuræ sunt, eædemque creditori debitæ. Rursum iure civili ita indebitæ, ut ab invito exigi non possint. Et, quod alia constitutione effectum est, placuit ad eas usuras constitutionem superiorem non pertinere, nec licere creditori in eas quidquam retinere, quod non aperte in eas datum solutumve sit. *d. L. 5. §. pen.* illic, *quod generaliter, de sol.*

XXI. Plane si in eas quoque pignus datum erit, quemadmodum per retentionem pignoris usuræ servari possunt; *L. per retentionem, L. pignoribus, C. de usur.* ita pignore distracto multo magis licere debet creditori pretium acceptum referre in eamdem quantitatem, etsi natura tantum debeatur. *L. Paulus, 101. D. de sol.* Nam quod manentibus adhuc pignoribus tribuitur creditori ad pecuniam debitam servandam, multo magis pignoribus pro commodo eius distractis illi tribui debet in ea pecunia, quæ inde redacta est. Quod tamen sic servari placuit, si usuræ debeantur solum naturaliter, ut pacto.

XXII. Quod si quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debeantur, constitutum hic est, cum creditor pignore distracto pecuniam redigit, non posse eum quod solvitur in usuras, id est, quod sic accipit, ut imputet in usuras, non posse, inquam, eum id retinere pro arbitrio in eas usuras quæ naturaliter debeantur, sed ad utramque caussam usurarum tam debitarum, quam indebitarum pertinere; & quidem æqualiter, etsi summa utrarumque non sit eadem. *d. L. 5. §. penult. D. de sol.* ut, si proponas usuras civiliter debitas esse ad quinquaginta, natura tantum debitas esse ad viginti, & viginti a debitore soluta, detrahentur de singulis usuris decem ex æquo, non autem pro rata cuiusque usuræ portione. *d. L. 5. §. pen.*

CAP.

CAP. XIII.

De iis factis quæ cum solutiones non sint, habeantur tamen pro solutione invito creditore similiter ut solutio. Ac primum, De oblatione rei debitæ.

Transitio & methodus. I.
Facta tria esse, quæ licet solutionem non habeant re vera; habentur tamen pro solutione & quæ illa. II.
Oblationem rei debitæ desiderare 1. *ut res debita mobilis repræsentetur, & si pecunia sit, annumeretur.* III.
Quid si debita res sit immobilis. IV.
2. *Ut debitor illam testato offerat. Hoc cui bono.* V.
3. *Ut rem debitam, non aliam offerat debitor ipse, non alius; creditori, non alii.* VI.
Quid si hic aberit, cui debitor offerre nequeat. VII.
4. *Ut offerat opportuno loco & tempore: de hoc alibi auctor, & quo in loco.* VIII.
5. *Ut totum offerat, sortem & usuras, nisi aliud convenerit.* IX.
In sola rei oblatione, quando res exstat, non inest liberatio, nec usuræ, vel pignora desinunt. X.
Exceptio duplex, & quæ. XI.
Nec sequitur liberatio, si res periit nova debitoris mora. XII.
At sequitur, ubi res oblata periit sine ulla mora aut dolo malo debitoris. XIII.
Cur perempta re vim solutionis habeat oblatio. XIV.
Liberatio in debita quantitate, vel specie oblationi accepto ferenda, non rei interitui, & quatenus utrobique. XV.
Sequitur ipso iure in bonæ fidei iudiciis, in stricti iuris per exceptionem. Hoc quale sit, explicatur. XVI.
Si pecunia conditionis implendæ caussa fuerit oblata, nec accepta, conditio habetur pro impleta. Hoc quibus modis fiat. XVII. XIX.
Oblatam pecuniam prius recusatam creditori quod debet præstare parato licet in iudicio petere, eamque iterum offerri necesse est. XVIII.

I. Atque hæc de solutione vera dicta sunt. Sciendum est quædam facta esse, quæ cum solutiones non sint, si ad regulam veræ solutionis exigantur; iure tamen ita habeantur pro solutione invito etiam creditore, ut quodammodo species veræ solutionis videri possint: de quibus ideo coniunctio exigit, ut hoc loco dicatur.

II. Solutio cum numerationem & præstationem naturalem habeat rei debitæ: *L. solutam, D. de solutionib.* ideo ad summam duas has res desiderat; ut sit, a debitore quidem, qui debitum recte præstet, seu offerat; a creditore autem, qui oblatum accipiat. Nam nec numeratio esse potest, nisi sit qui præstet, nec præstatio aut traditio sine accipiente potest intelligi. Proinde si quid horum desit ad præstationem rei debitæ, solutio esse non potest. Finge ergo debitorem offerre quod debet, sed creditorem non accipere. Quanvis creditor sine caussa id faciat: tamen ex superiore regula oblatio hæc sola solutio non erit. Quid, si oblatam pecuniam recusante creditore debitor obsignet & deponat, ut liberetur? Et necesse est hic quoque idem dici quod supra, si creditor pergat non accipere. Multo minus ex superiore definitione solutio erit, si debitor nihil offerens quod tradat, velit pro soluto esse, quod sibi a creditore debetur, & in eo debiti compensatione uti, ac creditor recuset. Nam hic utrumque concurrit, ut nec creditor quidquam accipiat naturaliter, nec ei etiam quidquam naturaliter præstetur; ut profecto quanvis creditor compensationem admiserit, tamen ne sic quidem esse possit solutio. Sed cum in debitoris recta oblatione iniquum sit ei nocere iniustam recusationem creditoris; ideo placuit, si quando nocitura erit, oblationem illam pro solutione haberi. Quod si velit debitor oblata pecunia statim, & sine ulla conditione liberari, etiam in hac re ei prospectum est iure: placetque id eum consequi, si pecuniam obsignarit, & deposuerit. Quod ad compensationem attinet, sane hæc cum traditionem præsentem nullam habeat, non potest dici solutio. Sed quia in re nihil interest, utrum quid tibi tradam, an cum iam apud te est de meo, id patiar esse apud te, ut maneat; recte hæc

hæc quoque admissa est pro solutione; quasi quod pensatur, re vera traditum sit creditori, quod & ille prius acceperit. Quæ cum ita sint; tria sunt in summa, quæ cum vere solutiones non sint, iure tamen habeantur pro solutione; oblatio debiti; rei obsignatio solemniter facta; & compensatio.

III. Oblatio debiti sola nec quævis, nec semper pro solutione habetur. Ante omnia, quamcumque oblationem ad solutionem proficere volumus, eam & vere oblationem, & rectam esse oportet. Vere oblatio est, si id fit, quod verbo continetur. Offerre pecuniam, aut rem debitam creditori, non est dicere solum se paratum esse illi solvere: sed est rem debitam illi repræsentare, & simul ostendere se paratum illi tradere in præsentia si velit. Ut, si sit species aliqua debita, ea tunc offertur, cum paratus est debitor iam nunc de manu in manum tradere præsentem. Si pecunia debetur, tunc offerri intelligitur, non cum debitor repræsentat tantum confuse; sed cum [1] annumerat: ut numeratio declaret summam congruere, quanta debetur, ac quandoque sciri possit totum oblatum quod debetur: quod ad iustam oblationem facere necesse est, ut postea dicetur. Id cum ex verbo ipso satis intelligitur, in quo inest ob, id est, iuxta, & ferre: tum vero non male colligitur vulgo ex *L. cum servus, D. de cond. & demonst.* ubi negatur servus ex conditione pecuniam reliquorum offerre, qui reliqua in folle offerat, id est, in pera aut sacculo inclusam; de qua propterea constare non possit, an sit hæc ipsa pecunia quæ debetur.

IV. Sed hæc repræsentatio in rebus mobilibus ad oblationem necessaria est: in rebus soli non exigitur. *Authen. dos data. C. de donat. ante nupt.* Et vero ineptum sit in his eam exigere: non solum quia semper certum est, ubi sita sit res immobilis debita: sed multo magis, quod ea ad aliquem adduci non potest, sed nos ad eam ire cogimur, cum loco moveri non possit. In hoc igitur genere rerum idonea oblatio est, si is qui rem debet, dicat se paratum creditori eam tradere. Quod etiam in præsentia facere potest, vel constituendo se nomine creditoris possidere. *L. quod meo, D. de acq. poss.* vel mittendo creditorem in vacuam possessionem, quum ille quandoque cum videbitur, pro arbitrio possit ingredi. *L. si me, in vacuam, D. de acq. poss.*

V. Non est satis rem debitam ita offerri, ut modo diximus. Hoc amplius recte offerri oportet: quod secus fit, hic ut in aliis rebus omnibus nec fieri videtur. *L. quoties, D. qui satisd. cog.* Recte offerre duo continet: quorum unum pertinet ad debitorem ipsum offerentem; alterum ad creditorem. Pro commodo debitoris hoc habere debet oblatio, ut is post contestationem offerat, ut est in *L. acceptam, C. de usur.* Id valet, ut offerat testato, seu testibus præsentibus: apud quos videlicet testetur id esse quod debet, quod nunc offert; petat, ut meminerint, & testes esse velint: hoc enim in hac ipsa re sic explicatur in *L. si creditrici, C. de usur. L. 1. C. de suscept. & præp. titul. 70. libr. 10.* Quorsum ergo hæc testatio? Non sane ut in eo creditori satisfiat; cuius multo magis interest oblationem istam rectam esse, quam testatam, ubi testata valeat ad eum convincendum: sed ut si quando res oblata perierit, & de oblatione debitori fiat controversia, paratam habeat in ista testatione probationem, atque ita sibi caveat; sine quo alioqui oblatio illi esset inutilis.

VI. Pro creditore autem hoc cavendum in oblatione, ut sic offerat debitor, ut debet, ne secus offerens iustam aliquam det creditori recusandi caussam. Ut recte offerat hoc modo, positum est in re quæ offertur; in personis dantis & eius cui offertur; in tempore, & loco solvendi, tum in quantitate præstationis: de quibus supra in vera præstatione diximus: nunc tantum attingam, quantum ad hanc oblationem necesse est. In re oblata ius hoc exigit, ut offeratur quod debetur. Aliud pro alio invito creditore solvi non potest. *L. 2. §. 1. D. si cert. petat.* In personis dantis & eius cui offertur aliud hic servandum, quam in solutione. Debitor ipse

1) Donell. *ad L. 19. de C. de Us. n. 6.* Non in loculis & crumenis tantum ostendat, Menoch. *Arb. Cas.* 132. *n.* 10. Tiraq. *de Retr. conv.* §. 4. *Gl.* 6. *n.* 18. *& seqq.* & quos laudat Arumæ. *de Mora Cap.* 7. *n.* 4. ipse tamen, nec improbabiliter ab iis recedens (1) per *L.* 122. *pr. de V. O.* ubi qui testato dixerat se numerare paratum liberatus esset, nisi alio loco fecisset. (2) per *L. 4. §. 1. de eo quod cer. lo. L. 5. de act. empt. L. 5. C de distr. pig. Nov. 91. Cap.* 2. quæ tantum de paratis tradere. (3) quia & hic est quod imputetur creditori, plus certe quam quod debitori (4) quia quæ ratio efficit ut res facile transferri nequeat, (veluti si immobilis sit) sufficiat testatio debitoris quod tradere paratus sit: illi & in alia re locus. (5) cui bono reclusio sacculi & numeratio molesta debitori, siquidem creditor aperte profiteatur se accipere nolle. Dices ut constet integram summam offerri. Atqui hoc est testium assertione & depositione sequuta liquere potest. Atque his rationibus blanda vi clarissimi & exactissimi iudicii Iurisconsultus, Salanæ huius decus, in suam sententiam me facile pertrahit.

ipse ad liberationem offerre debet. Alius eius nomine si [2] offerat, recusante creditore ideo nihil egerit, quia liberatur debitor hac oblatione ut plurimum per exceptionem, ut postea dicturi sumus. Hanc alius ei acquirere non potest, vetante regula iuris, quæ efficit per extraneam personam nobis nihil acquiri posse. *L. 1. C. per quas person.* Creditori quoque ipsi debitor iubetur offerre in *d. L. acceptam, C. de usur.* Alii recusanti si offerat, quanvis procuratori, & ei cui ex voluntate creditoris recte solvatur, ideo nihil profecerit, quia non ex voluntate & mandato creditoris hoc casu recusatur. Semper enim vere dicturus est creditor se his mandasse, ut pecuniam recte oblatam acciperent, non ut recusarent. Unde intelligitur hanc recusationem præter mandatum esse, eoque invito creditori nocere non debere. *Tit. res int. al. act. C.*

VII. Quid, si creditor aberit, cui debitor velit solutum, nec possit ei offerre propter absentiam? Consultum est, ut debitor interpellet magistratum, apud quem ostendat sibi paratam esse pecuniam, quam offerat; se ideo id facere non posse, quia creditor abest: placetque perinde id habendum, quasi creditori obtulisset. *L. si creditrici, C. de usur.*

VIII. In loco & tempore hoc exigitur, ut [3] opportuno loco & tempore quidque offeratur. Alio loco aut tempore oblatum, ut iuste recusatur, ita ad debiti liberationem nihil prodest. *L. obsignatione, C. de solution. L. si soluturus,* 39. *D. eod. L. mora, D. de solut.* Quis sit opportunus locus, quod tempus opportunum, aut contra, satis diximus supra sub Titulo *quo tempore quove loco, & quatenus quidque præstari debeat.*

IX. In quantitate præstationis est, ut quantum debetur in sorte & usuris, tantum [4] offeratur: ut proinde si quid de tota summa vel minimum desit, iuste oblatio a creditore recusetur. *L. acceptam, C. de usur. L. obsignatione, C. de usur.* nisi tamen quid aliud [5] convenerit. *L. tutor, §. 1. D. de usur.* Est igitur iusta oblatio in summa, eum debitor totum quod debetur tam in sorte, quam in usuris, creditori repræsentans declarat se paratum esse illi solvere, idque facit suo loco, & tempore. Idem est, & si creditore absente idem faciat apud magistratum.

X. Instæ oblationis, qualem modo descripsimus, non ea vis est, ut statim debitor liberetur, sed tunc solum, cum res oblata a debitore, sine nova mora aut dolo malo eius periit. Principio ita statuendum est, quandiu res oblata extat, tamdiu debitorem sola oblatione nullo modo [6] liberari iure communi. Quod usque adeo verum est, ut si creditor qui quandoque recusavit oblatum sine caussa accipere, postea velit sibi solvi, & a debitore petat, non solum iure petat, sed etiam debitor non solvens incipiat moram facere: quam & moram ut posteriorem illi nocere placet. *L. illud, D. de peric. & comm. rei vend.* Vel ipsum nomen moræ, quam hic dicimus debitorem facere, certissimum argumentum est, etiam post oblationem priorem debitoris, & iniustam creditoris recusationem superfuisse creditori integram actionem, qua iure possit eamdem rem petere, eoque nec liberatum esse ea oblatione & recusatione debitorem. Nulla enim a debitore mora fieri intelligitur, ubi nulla creditoris petitio est, ut est regula iuris. *L. nulla, D. de regul. iur.* id est ubi nulla creditori actio est ad petendum, ut explicatur in *L. lecta,* vers. penul. *D. si cer. pet. L. si pupillus, D. de verbor. oblig.* Et ut debitor oblatione sola non liberatur in sorte; sic nec ulla in parte retardantur sortis accessio-

2) Imo idem est alio pro debitore offerente. Quod omnino consequens est, iis quæ *supra C. 10. N. 3.* quod alius pro alio creditore quoque invito solvere possit, & tradit hoc noster aperte a se dissentiens *ad L. 19. C. de Usur. n.* 8. & Briss. *Lib. 2. de Sol. Tit. de obsignatione p.* 408 Nec obsistit ratio hic adducta, quia nihil quæritur principaliter, sed per consequentiam.

3) Vid. *supra C. 10. N* 4. Non si studiose captato tempore absentiæ creditoris, quem scit Procuratorem non reliquisse, Cuiac. *Cons.* 57.

4) Una cum usuris, ut si vel minimum ex usuris desit nulla ex parte liberetur *d. L.* 41. §. 1. Don. *ad d. L.* 19. C. *de Usur. n.* 10. *& seq.* ut tamen calculi aliusve facti error non obsit, vid. Gœd. *de Contr. stip. Cas.* 12. *n.* 36. Ant. Fab. *de Var. nummar. debit. fol. C. 7. p.* 135. *& pag.* 141. *& seq.* Tiraq. *de Retr. convent.* §. 4. *Gl.* 6. *n.* 23. *& seqq.* Si tamen debitum non omnè ex parte liquidum, partis liquidæ solius oblatio valet, maxime si pro residuo fideiussori offeratur, Io. Koppen. *Q.* 34. *n.* 9.

5) Item exceptione alis favore libertatis in *L.* 4. §. *item si* 10. *de statulib.* Don. *d* *lo.*

6) Quatuor casus hic distinguit Menoch. *Cap.* 232. *n.* 23. *& seqq.* Cuiac. 8. *ad Afric. in L* 39. *h. t.* Nudæ oblationis hos esse effectus scribit: Moram emendat, periculum in creditorem transfert, ut peremptà pecunia sine culpa debitoris (Donellus autem statuit etsi culpa) liberetur. Solvit *αντίχρησιν L.* 11. *C. de Usur.* quam tamen de oblatione in iure facta exaudit, Arumæ. *de Mora* C. 7. *n.* 7.) liberat publicis debitis *L.* 1. *C. de suscept. & arc.* & usuris ex mora debitis *L.* 122. §. *Seia.* 5. *de V. O.* ac gravioribus in stipulationem deductis, si offerantur minores, de quibus initio convenit *L.* 19 *C. de Usur* Sorte autem non liberat, si exstet, nec usuris ex stipulatione debitis, nec pœna iam commissa, nec pignus solvit, &c. vid. & Anton. Fab. 22. *Err Prag.* 5. & C. Faber. *de Pign. Act. definit.* 1. *& definit.* 6.

cessiones, ut [7] usuræ & pignora. Itaque qui sortem obtulit creditori, si creditore non accipiente hic substitit, nec pecuniam obsignavit ac deposuit tuto in loco; usuras non eo magis in posterum debere definet. *L. tutor pro pupillo*, *§. ult. D. de admin. tuto.* *L. 1.* in fin. *L. debitor*, *D. de usur. L. acceptam*, *C. eod.* Sic & post oblationem pecuniæ, cui pecuniæ obsignatio & depositio adiuncta non est, pignus nihilominus perseverat. *L. si prius*, *C. de dist. pig. L. ult. C. deb. vend. pig. imp. non posse*, *L. ult. C. de luit. pig.* Atque hoc ius commune est. Iure singulari duæ caussæ sunt exceptæ.

XI. Una est in libertate, cum servus manumissus est sub conditione si decem heredi daret. Hic enim constitutum a Iustiniano est favore libertatis, si servus implendæ conditionis caussa decem obtulerit, & ille accipere nolit, servum continuo liberum fieri, tanquam impleta conditione; neque id satis, sed cum post libertatem pecuniam dare posset, & alias deberet, ut eodem loco constitutum est, nihilominus ita liberari, ut in posterum heredi nihil præstare eo nomine debeat. Hoc in *L. ult. L. de cond. inst.* Altera caussa est in vectigalibus, tributis, & aliis pensitationibus publicis, in quibus humanitatis caussa, & quo magis invitentur homines ad promptam harum rerum præstationem, hoc datum est earum rerum debitoribus, ut si solvere volentes fuerint a susceptore contempti, cum testibus adhibitis contestationem interposuissent, hoc probato plenam securitatem consequantur: ea lege ut susceptor eam summam quæ debebatur cum altero tanto, id est, eius summæ duplum fisco dependere cogatur. *L. 1. C. de susc. & præp. lib. 10.* Sed hæc, inquam, iure singulari ita sunt, ut apparet. Quo magis confirmamur, iuris communis rationem hoc efficere in cæteris caussis omnibus, ne re recte oblata exstante debitor unquam ea oblatione sola liberetur.

XII. Sed etsi res oblata perierit nova mora a debitore interposita, dum post oblationem interpellatus non solvit; quia mora hæc posterior ei nocet, ideo tam tenebitur, quam si nunquam obtulisset: mora enim perpetuat obligationem. *d. L. illud*, *D. de per. & commo. rei vend. L. si servum*, *§. sequitur*, *D. de obl.* Idem dicemus, etsi nulla nova mora debitoris interveniente res perierit dolo malo eius. Nam quæcumque liberatio tribuitur debitori re perempta post eius oblationem, tribuitur hactenus, ut semper dolus malus eius excipiatur. *d. L. illud*, *D. de peric. & com. rei vend. L. si mora D. si sol. mat.* Et recte. Cum enim æquissimum sit nulli dolum suum prodesse, idque ita ius sit, *L. 1. D. de dol.* consequens fiat & illa recipi, quæ iure certo constituta sunt, eum qui dolo desiit possidere, perinde teneri ac si possideret: item dolum pro possessore esse: *L. parem*, *L. qui dolo D. de dolo.* Item, neminem facto suo obligationem suam tollere posse: *L. sequitur*, *§. videamus*, *D. de verbor. obligationib.*

XIII. Quod si ea concurrent, quæ diximus, ut res oblata sine nova mora debitoris, sine dolo malo & facto eius perierit, tum oblatio debiti cuiuscumque præcedens eum liberaverit. Idque ita est, etsi culpa aliqua debitoris aut negligentia arguatur. Nam etsi ante culpam præstare debuisset, oblatione secuta non iam amplius præstare deberet, quam dolum. *L. illud*, *de peric. & com. rei vend. L. si mora*, *sol. matr.* Etsi igitur verum est, quod scribitur in *L. qui decem*, in princ. *D. de solut.* Si debitor oblatam a se pecuniam sine sua culpa perdiderit, posse eum doli mali exceptione se tueri: tamen non minus & hoc verum est, etsi perdiderit sine dolo malo suo, quanvis culpa, idem iuris fore. Nam & Marcellus *ibidem* scribit in fin. princip. Si maritus nummos dotis obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit; ipso iure desinere eum teneri. Ubi sine dubio illud repetere oportet, quod in priore definitione posuerat, si sine culpa sua perdiderit: nam illam definitionem confirmabat. Et tamen scimus maritum hoc casu liberari, si modo sine dolo malo eius res perierit, *d. L. si mora*, *sol.*

XIV. Hoc modo liberatur debitor re perempta, non tamen ideo, quod ille obtulerit (nam quæ oblatio re exstante solutionem non habuit, quomodo re perempta solutionis vim consequeretur, cum una & eadem sit oblatio?) sed quod oblatio facit, ut creditor oblatum accipere nolens

7) Scilicet ex conventione debitæ. Ex mora autem debitarum cursum sistit, per *L. 122. §. 5. de V. O.* quia moram impedit, commissamque purgat, ita Cuiac. *d. lo.* Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 6. Sed hoc displicet Arumæo *de Mora C. 7. n. 7.* Posita vero illa distinctione moveri tamen inde Faber non debuit, ut *d. L. 28.* vers. *ult.* Triboniani emblema, falso pro Ulpiani notatione obtrusum, statueret; Nec ut eidem, ibi & 12. *Coniect.* 16. vers. *sed hoc constat* usque ad fin. *L. 73. de Procur.* tribueret. Alia enim elabendi via. Diss. Gœd. *de Contr. stip. Cap. 12. n. 34.* nuda oblatione sisti cursum usurarum sentiens cum communi schola, quod refellit Arumæ. *d. lo.*

nolens moram faciat. Hanc moram illi re perempta nocere placuit, *d. L. illud, D. de peric. & com. rei vend* & huc pertinet regula iuris, moram suam unicuique nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique, D. de reg. iur.* Quidni vero & creditori hoc casu noceat? eleganter enim Marcellus in *d. L. qui decem, de solut.* non est æquum, inquit, teneri pecuniæ amissæ eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. Sed quoniam hæc omnis mora ex eo est, quod debitor solvere volens pecuniam obtulit, non abs re est, quod hæc liberatio oblationi tanquam primariæ caussæ tribuitur, In *L. obsignatione, C. de solut.* Cum præterea obtulerit debitor eo animo, ut solveret, atque ea solutione liberaretur; recte fit hoc quoque, ut liberatione post eam oblationem secuta, dicatur ea oblatio esse pro solutione, aut ut est in *d. L. qui decem*, pro soluto habendum esse id oblatum, in quo accipiendo creditor moram fecerit.

XV. Etsi autem hanc liberationem contingere dicimus re solum perempta: ne quis tamen interitui attribuat, non oblationi debiti. Hoc enim intelligi volumus debitorem, qui alioqui re perempta sine oblatione non liberaretur, hoc consecuturum re oblata, dum debita, ut ea oblatione liberetur. Quod contingit in quantitate debita semper: in specie debita interdum. Quantitatem si quis debeat, puta decem, aut centum aureos; si eam nunquam obtulerit, nullo interitu nummorum suorum eo casu liberari potest: ne si certos quidem habuerit domi ei solutioni destinatos. *§. item si is, Inst. quib. mod. re cont. obl.* Nam, ut in *capite de interitu rei debitæ* disseruimus, nullus interitus rei debitorem liberat, nisi rei debitæ. *L. si ex legati, D. de verbor. obligat. L. quod te, D. si cert. petat.* Nemo autem dicet, cum omnis pecunia debitoris perierit, rem debitam periisse; cum neque hæc, neque alia ulla quæ usquam est, certo deberetur, sed decem generaliter, & incerta, ubicunque essent, & undecunque promerentur. Nunc autem hoc dicimus, si debitor qui decem generaliter debuit, obtulerit certa decem creditori, quæ ille sine iusta caussa accipere recusarit, deinde debitor ea sine dolo malo perdiderit, continuo debitorem tutum fore. *d. L. qui decem, D. de solutionib.* Non utique propter interitum rei debitæ, quia etiam hic verum est ea quæ oblata sunt, non magis debita fuisse, quam alia quælibet; sed propter oblationem quæ præcessit, quæ debitorem adversus moram creditoris satis tuetur. *d. L. qui decem.* Etiam in specie debita accidit, ut debitor solo interitu rei sine rei oblatione non liberetur; non semper, ut cum quantitas debetur, sed interdum: tunc scilicet cum res debetur ex eo contractu, in quo debitor non solum dolum, sed & culpam præstat; ut venditor in re vendita, maritus in re dotali. *L. contractus, D. de regul. iur.* Quod enim & culpa in his præstanda esse dicitur, significat si culpa debitoris res perierit, nihilominus etiamnum debitorem obligari. Nunc hoc dicimus, quibus in caussis debitor re non oblata ob dolum & culpam suam tenetur, in his si rem recte obtulerit creditori recusanti, deinceps nihil amplius præstaturum, quam dolum, ac si res perierit sine dolo malo eius, quanvis culpa, nihilominus liberari: ut appareat eum propter oblationem suam id consequi, non propter interitum rei. *d. L. illud, D. de peric. & com. rei vend. L. si mora, D. solut. matr.*

XVI. Sane ita est hæc liberatio, quam oblatio debitæ pecuniæ parit, ut in strictis iudiciis veluti ex stipulatu, ex testamento, ex mutui caussa, non liberet debitorem ipso iure, ubi constet non posse dici rem debitam periisse; sed tantum per exceptionem doli mali; cum ita dicitur dolo facere creditorem, qui petat pecuniam amissam, cuius amissioni iniusta recusatione sua caussam dederit. In bonæ fidei autem iudiciis liberat ipso iure, ut si emptor obtulerit venditori pretium, maritus soluto matrimonio uxoris heredibus pecuniam quam dotis nomine debeat. Hoc Marcellus in *d. L. qui decem*, in princ. *de solution.* Quod non ita dicitur, quasi ex eodem facto, & eadem caussa non eadem sit exceptio debitori etiam in bonæ fidei contractibus: sed quod cum pariter ex utroque genere contractuum exceptio sit eadem; hoc tamen in exercenda exceptione inter utrumque interest, quod hæc exceptio non venit in iudicium stricti iuris nisi contestata, quod est proprium veræ exceptionis. *L. præscriptionem. L. si quidem, C. de exc.* In bonæ fidei autem contractibus exceptiones iudicio insunt. [8] *L. 3. D. de rescin. vend.* Quod hanc significationem habet, ut quanvis debitor initio litis contestatæ simpliciter negarit se debere, tamen quandoque post ea aute sententiam eam defensionem possit

8) *L. 84. §. 5. de Leg. 1. L. 36. de pecul.* Briss. *Lib. 2. de Sol. Cap. de Obsign. p. 408.*

sit obiicere: scilicet quia verba iudicii id efficiunt, quibus iubetur iudex iudicare ex bona fide, id est, ex æquo & bono: non est autem æquum & bonum condemnari eum, qui eam exceptionem habuit. Utcumque est, utramcunque ex bis liberationem esse placet, semper hæc erit conditio, si res oblata perierit, & perierit sine dolo malo debitoris: quorum alterum si deest, hoc tenebimus, nunquam oblatione sola debitorem liberari, præterquam in duabus illis caussis, quas supra diximus.

XVII. Sed meminerimus hoc dictum esse in pecunia aut re alia quavis debita. Alia caussa est si qua pecunia præstanda sit ex conditione: ubi ea pecunia non debetur, quæ nec exigi potest; sed tantum præstanda est cum adiectione, si quis conditioni parere velit. Quibuscunque in caussis ita pecunia ex conditione præstanda erit, recte in universum definiemus, pecunia conditionis implendæ caussa oblata ei, cuius interest conditionem non impleri, si per eum stat, quominus accipiat, continuo tanquam pecunia vere præstita conditionem pro impleta haberi. Non dixi tanquam pecunia 9 soluta, quia non debebatur; sed tanquam præstita, ut & eam conditionis implendæ caussa præstare oportet. Sic de omni conditione regula iuris est, quoties per eum cuius interest conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. *L. in iure, D. de reg. iur. L. iure, D. de cond. & dem.* Quod & ipsum in proposito ita se habere, ex caussis huius generis intelligetur. Duobus modis fit, ut pecunia præstanda sit ex conditione. Uno, si quid cui tribuatur sub conditione, si alii pecuniam dederit: veluti, cum fundus legatur Titio, libertas servo datur sub conditione, si decem heredi dederint: cum ex edicto pignoraticia actio datur debitori, si pecuniam solverit. *L. si rem, §. ult. D. de pigner. actio.* Altero modo, si debitor futurus promittat pœnam, aut usuras, si illud aut illud non dederit. Pœnam, ut cum litigatores ex compromisso pœnam spondent, si arbitri sententiæ non paruerint. Usuras, veluti si debitor minores usuras promiserit, puta quincunces; & nisi eas sua die solverit, promittat besses. In utroque hoc genere constanter hoc veteribus placere reperiemus, pecunia in his conditionis implendæ caussa oblata oblationem pro iusta præstatione esse, dum ea re conditio tanquam pecunia præstita pro impleta habetur iuxta regulam supra scriptam. Unde eveniat, ut ex priore genere offerenti tribuatur actio: ex posteriore offerenti vitetur periculum futuræ obligationis. Propone fundum legatum Titio sub conditione, si decem heredi dater. Dicemus, simul atque Titius obtulerit decem heredi, si is accipere recuset, legatum deberi. Hoc quidem confirmavit Iustinianus in libertate quæ servo relicta est sub eadem ista conditione; in qua specie constituit, ut pecunia a servo oblata conditionis implendæ caussa, continuo libertas contingat. Hoc in *L. ult. C. de cond. inst.* Sed sciamus hoc idem & in legatis, aliisque caussis omnibus valere ex regula superiore de conditione implenda; quam placet non ad libertates tantum, sed & ad legata & ad heredum institutiones, atque adeo ad stipulationes & contractus alios pertinere. *d. L. in iure, D. de reg. iur.* Inde dictum & pigneraticiam actionem, quæ datur debitori hac conditione, si pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum, *L. si rem, § omnis, D. de pig. act.* tamen etiam tunc competere, cum per creditorem stabit, quominus ei solvatur, quod fit, cum 10 oblatam sine iusta caussa recusat accipere. *L. aliena, §. ult. D. de pign. actio.* Cui congruit, quod placet & tunc denegari pignoris persecutionem creditori. In *L. acceptam, C. de usur.* Non enim denegatur, nisi soluto pignore; nec solvitur nisi eadem illa conditione, si pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum. *L. item, D. quib. mod. pign. vel hyp. solu.*

XVIII. Sane quia moram postea ante litem contestatam purgare licet, debitori qui-

9) Sic Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 5. interesse an solutio, id est numeratio seu præstatio sit in conditione, an in dispositione. Illic oblatio sola facit ut conditio ob moram creditoris (ita vocat Faber, abusive) habeatur pro impleta in forma specifica. Hic nunquam sufficit ad liberationem. Sed & illic non ea potestas oblationis immediate, sed mora potius non accipientis. Nihil commune iuri impletæ conditionis eum iure quæsitæ liberationis. Et ad impletionem conditionis nudam, absque depositione, oblationem sufficere probat, ex *L. 3. §. 12 de statul. ult. C. de cond. insert.* P Ant. Anguisola *L. 2. Cons. 23. n. 14.*

10) Ita & Ant. Fab. *d. Err. 5. initio* oblatione induci pigneratitiam actionem, nec hac parte minorem eius effectum esse quam obsignationis. Verum cum & ut nascatur pigneratitia, requiri obsignationem & depositionem videam *L. 10. L. ult. C. de pig. act.* tutius puto dici, quod oblatio facta antequam pigneratitia actio intentetur non faciat ut locus sit eius exercendæ. Quod si iam actio instituta sit, eam oblatio confirmet. Quod & subobscure sentire videtur Briss. *Lib. 2. de Sol. Cap. de Obsignat. p. 409 in fin.* Sane DD. per *d. L. 9. §. ult.* excipiunt oblationem factam in iudicio, quam, nudam licet, liberare censent Menoch. *Arb. Cap. 232. n. 4.* Arumæ. *de Mora Cap. 7. n. 7.* Sicque in Camera iudicatum Rutger. Rulant. *QQ. iuxta modum in Camera & C. 68. & ultim.*

quidem postea offerendo, creditori autem postea petendo, *L. si servum*, §. *sequitur*, *L. si insulam*, *D. de verb. obl. L. illud*, *D. de peric. & com. rei vend.* ideo in hoc genere evenit, ut quanvis is cum quo actio esse potuit conditione impleta, semel extra iudicium pecuniam accipere recusarit, cœperitque eo modo adversus eum competere actio aut de legato, aut de pignore; tamen re in iudicium vocata audiendus sit, si tempore litis contestatæ paratum se dicat, id quod petitur, præstare, dum prius actor conditioni satisfaciat, nec aliter in eum actio dari debeat. Quæ res facit, ut nihil prosit actori prius pecuniam obtulisse ad actionem consequendam, nisi & is in iudicio iterum pecuniam offerat. Idque est, quod de pigneraticia actione traditur in *L. si rem*, §. *ult. D. de pign. act.* debitorem, qui pigneraticia agit, debere *rem pigneratam, & quod sua interest consequi, si pecuniam in iudicio offerat*. Cur additum *in iudicio*, cum etsi quandoque antea stetit per creditorem, quominus ei solvatur, recte agatur pigneraticia? ut est in *d. L. aliena*, §. *si per creditorem*, *de pign. act.* Quia tum nascitur quidem pigneraticia actio, sed non immutabiliter. Potest enim creditor, ut dixi, agente debitore pignus offerre, dum sibi pecunia solvatur. Quo facto purgat moram, & actionem debitori natam illi detrahit, nisi paratus sit pecuniam solvere, aut ei offerre; quod iam non fiet, nisi in iudicio. Quo exemplo idem & in cæteris actionibus admittendum est, quæ oblata a creditore futuro pecunia cœperunt illi competere.

XIX. Eadem multo certius admissa sunt in posteriore genere, cum pœna aut usuræ promissæ sunt, si qua pecunia data non esset. Hoc enim valet, si ea pecunia data sit, ne debeatur pœna, aut usuræ. *L. quibus*, §. 2. *D. de cond. & demonst.* Quando ergo videtur impleta hæc conditio, si pecunia illi data sit? Convenit regulæ superiori, ut videatur impleta, non solum tunc cum pecunia recte data est accipienti creditori; sed & cum est oblata, quam ille accipere recusavit. Quod si recipitur, necesse erit dici oblatione hac sola interveniente tanquam conditione impleta debitorem hoc consequi, ne pœnam sub contraria promissam & usuras maiores debeat. Quod & placuit, ut intelligatur hic præcipue pro reo regulam superiorem observari. De pœna traditum in *L. Cels. D. de recep.* de usuris in *L. si per te*, *C. de usur.* Unde cum ante dixerimus oblatione ista non inhiberi cursum usurarum, *L. acceptam*, *C. eod.* apparet, quomodo inter hæc conveniat. Oblatio scilicet sola obligationem usurarum ante contractam non tollit: futuræ obstare potest, ne [11] contrahatur, si oblatione interposita deficit conditio, sub qua usuræ promittebantur. Sic fit in summa, ut cum de pecunia ex conditione præstanda agitur, quæ pecunia debita non fuit, toties in hoc genere oblatio eius pecuniæ pro iusta præstatione habeatur, quoties oblatio recusante eo cuius interest conditionem non impleri, satis fit ex regula iuris, ut videatur conditio impleta. Ex quo vis illa huius oblationis in hoc genere pecuniæ ex conditione præstandæ, ut alias tribuat actionem offerenti, alias liberet eum periculo futuræ obligationis: quia & hæc in huiusmodi conditione varietas est, ut alias quid tribuatur sub ea condicione, alias denegetur. Sed hæc, inquam, ita sunt, cum de pecunia ex conditione præstanda agitur. In pecunia ante debita, de cuius liberatione nunc quærimus, stat certi iuris sententia, debitorem oblata creditori pecunia, quam ille accipere recusset, liberari posse: sed non prius, quam res recte oblata perierit, idque sine dolo malo debitoris.

11) Ita & Menoch. *d. Cap.* 232. cursum usurarum impediri, quando nondum cœperunt currere; non autem fisti quando cœperunt.

C A P. XIV.

De obsignatione pecuniæ debitæ ad liberationem comparatæ.

Obsignatio pecuniæ solemniter facta plene liberat debitorem. Obsignare quid sit. I. II.

Ut talis sit pecunia, & tota quidem oblata prius, inde obsignata, & deposita tuto in loco esse debet. III.

Tutus locus iure romano quis; & qui nostris moribus. IV.

Quorsum pertinet obsignatio solemnis. V.

Hanc sequitur iure ipso liberatio; quæ huius effecta. VI.

Contrariis occurritur, VII. VIII. IX.

Si debitor post obsignationem pecuniam depositam ad se receperit, incipit actione veteri teneri rursus, sed utili. X.

Debitor manet obsignatæ pecuniæ dominus, habet actionem in rem; & ex deposita pecunia depositi actionem. XI.

Utramque vicissim obtinet creditor, sed utilem. XII.

Qua ex caussa creditori nascatur actio in rem utilis. XIII.

Item utilis actio depositi. XIV.

In rebus immobilibus est pro obsignatione, & depositione custodia curatoris a iudice constituti. XV.

Est item in animalibus, si qua nota obsignari queant; secus nulla horum oblatio, & depositum. XVI.

Debitori non licet oblatam rem, si recusetur, habere pro derelicta sine suo periculo. XVII.

Præterquam si vinum doliare vendiderit; & hoc quatenus. XVIII.

I. Cum non aliam vim habeat sola oblatio pecuniæ, quam creditor etiam sine caussa accipere recusarit; quid fiet, si velit debitor statim omni molestia custodiæ, & metu difficilioris solutionis futuræ liberari? An ita impune erit, quod ita sine caussa accipere recusat creditor, & nulla hic alia ratio est debitoris liberandi? Immo hic remedium constitutum est debitori, quo adhibito plenam liberationem consequatur invito creditore, ubi pecuniam obtulerit. Id remedium est in summa, si oblatam pecuniam solemniter obsignet. Placet ea obsignatione debitorem liberari. Traditum in *L. obsignatione, C. de sol.* his verbis, *obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est.*

II. Obsignare pecuniam est immittere in sacculum, aut peram, aut cistam, & clausis his signa [1] imponere, ut aperiri non possint nisi [2] amotis signis, quibus amotis facile resignatio deprehendatur: sic propemodum describitur obsignatio in *L. 1. §. si pecunia, D. dep.* & *L. ult. D. de leg. com.* Hæc non est satis: hoc amplius lex obsignationem solemniter factam exigit.

III. Et solemniter facta intelligitur, quæ habet hæc tria: præcedentem oblationem pecuniæ debitæ; præsentem eius oblatæ obsignationem; tum obsignatæ depositionem tuto in loco. In primis præcedere debet iusta debiti oblatio. *L. si creditrici, L. acceptam, C. de usur. L. debitor, D. eod.* Ea qualis esse debeat, & quid contineat, ex superiore capite sumendum est, ubi initio descripsimus. Oblatam recte pecuniam quanta oblata est, tantam obsignari convenit: idest totam quanta debetur. Ut partis oblatio nihil prodest debitori, quominus creditor recte recuset: sic nec partis recte recusatæ obsignatio ulla ex parte debitorem liberat: totam, ut dixi, pecuniam debitam hic ut offerri, ita & obsignari oportet. *d. L. obsignatione, C. de solut. d. L. acceptam, C. de usur. L. tutor, §. 1. D. de usur.* Obsignationem sequi debet pecuniæ obsignatæ depositio; ut fiat id quod tam multis locis ad huius partis liberationem exigitur, debitor oblatam pecuniam obsignet, simul & deponat. Loci ex

1) Lino traiecto, signisque ceræ impressis, Arumæ, *de Mora. C. 7. n. 7.* post Briss. *in Lex.* Consignanda autem signis non publicis, ut quidam somniant, ait Briss. *Lib. 2. de Solut. Cap. de Obsignat. p.* 411 sed privatis Cic. 7. *Verrina: Ipse in tabellas refert, obsignat sigillis amicorum.* Ad quem usum annulos circumferebant, non ornatus, sed signandi caussa paratos, Macrob. 7. *Sat.* 13. Briss. *Lib. de Adult. Cap.* 4. Mercer. 1. *Opin.* 8. Ræv. 5. *Var.* 16. Fr. Robortell. 2. *Emend.* 17. vid. & Tiraq. *de Retr. lignag. §. 7. Gl.* 3. Idem esse si obserata deponatur, vult Cuiac. 8. *ad Afric. in L.* 39. *hoc tit.* ac etsi claves deponens retinuit idem esse scribit contra eos qui clavibus non traditis sentiunt retineri possessionem. Nam nec possessionem hic transferri necesse est. Et alias nec obsignata pro soluta haberetur ante, quam remotis signis, aut facultate eorum removendorum creditori data.

2) Ad cautionem tum debitoris, ut amoto signo deprehendatur furtum, tum creditoris ut sciat obsignatam summam congruere oblatæ, Don. *ad L.* 19. *C. de Usur. n.* 18.

ex innumeris pauci hi sunt. *L. acceptam*, *C. de usur. L.* 1. §. *ult. L. debito*, *D. de usur. L. tuto pro pupillo*, §. *ult. D. de adm. tut. L. nec creditore*, *L. ultim. C. de pig. act. L. si prius*, *C. de dist. pig. L. ultim. C. deb. vend. pig. imp. non pos.* Quo loco notandum est, cum obsignatio solemnis nominatur, utrumque hoc verbo contineri, obsignationem & depositionem, ut fit in *d. L. obsignatione*, *C. de sol. L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* cum autem appellatur simpliciter obsignatio, utrumque speciei nomen obtinere, & recte alterum ab altero distingui. Nonnunquam tamen legimus utrumque ita usurpari, ut per se positum alterum contineat, dicaturque obsignatio, quæ depositionem adiunctam habet, & depositio quæ habet præcedentem obsignationem: ut in *L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* depositio pecuniæ non quævis sufficit. Exigitur, ut pecunia deponatur tuto in loco, ut est in *L. tutor pro pupillo*, §. *ult. D. de adm. tut.*

IV. Tutus locus sic explicatur in *L. acceptam*, *C. de usur.* ut sit is, qui est publicus: ac publicus hoc casu intelligi debeat, vel ædes sacræ, vel ubi competens index super ea re aditus deponi eas disposuerit. Ædes sacræ hic appellantur ex instituto Romanorum, apud quos in ædibus sacris esse solebant loca munita quædam, in quibus pecuniæ, partim publicæ, partim privatæ custodiæ caussa 3 asservabantur, quarum cura ut totius templi mandata erat æditui s. Hoc usu sublato nostris moribus, videbit quisque in sua regione, quid hic usurpetur, ac quod moris fuerit, id recte servabitur. *arg. in L.* 1. in pr. *D. de usur. L. generaliter*, §. *ult. C. de reb. cred. & iur.* Tutissima & in commune recepta depositio est, si adeatur magistratus, & constituente illo 4 deponatur pecunia apud eum, quem constituerit. *d. L. acceptam*. Atque hæc descriptio est solemnis obsignationis, quam ad iustam liberationem in pecunia oblata lex exigit.

V. Quo loco iam opportune quæretur, quid hic attinuerit præter oblationem exigere obsignationem istam, & depositionem pecuniæ ad debitoris liberationem. Quid enim amplius hæc præstant creditori, quam oblatio, cum pariter creditor neutram pecuniam recipiat, neque oblatam, neque obsignatam? Dicendum est non hic spectare nos, quid creditor accipiat, aut recuset; sed quid facere debeat debitor, quod proxime accedat ad solutionem, ut sic tanquam solutione liberetur, & tamen id fiat sine incommodo creditoris, si modo seipsum non negligat. Id vero solemni ista obsignatione consequimur. Ac primum solutio id exigit, ut pecunia soluta non maneat penes debitorem, sed ab illo discedens transeat ad creditorem. Consentaneum igitur fuit, ut si oblationem pecuniæ pro solutione haberi volumus, detur opera, ne debitor pecuniam oblatam apud se retineat, sed a se dimittat perventuram ad creditorem, si ille voluerit postea ad se recipere. Hoc autem præstat debitori pecuniæ oblatæ depositio. Hoc enim fit, ut debitor pecuniam apud se habere desinat: pecunia autem recte deposita, sit apud eum, unde recipere possit creditor depositam, si velit. Hinc ergo primum exacta præter oblationem depositio, ut imitaretur hæc res propius solutionem. Sed quoniam æquum est hac depositione pecuniæ ita liberari debitorem, ut quam maxime fieri potest, in eo consulatur creditori, ne eo facto pecunia illi pereat; ideo quæsita est amplius obsignatio præcedens, & depositio huiusmodi qua res deponeretur tuto in loco. Hæc enim duo depositionem creditori tutam præstant, quibus fit, ut si velit, possit certo pecunia ad eum pervenire: quod & ipsum proprium est solutionis. Obsignatio facit, ne de summa deposita quidquam possit subtrahi, nisi amotis signis, atque ita deprehenso furto: quod si contigerit, parata est creditori actio de summa deposita adversus depositarium, in qua ille aliam probationem non desiderabit, quam obsignationem tantæ summæ, quanta debebatur. Quod si veniet creditor repetitum pecuniam signis adhuc integris, hoc illi præstabit obsignatio, ut si resignato sacculo non reperiatur ita pecunia debita, sciri possit, totam a debitore obsignatam non fuisse, eoque nec debitorem ea obsignatione liberatum; postquam totius pecuniæ debitæ obsignationem exigimus: qua ex re maxime tutus redditur creditor adversus eam omnem oblationem & obsignationem. Si tota summa reperietur congruere, quantam

3) *L.* 4. *pr. de statulib. L.* 73. *de Proc. L.* 1. §. fin a. *Cod. de com. serv. man. L.* 5. *D.* ad *d. L. Iul. pecul.* Cic. 5. *ad Att. Ep. ultim.* in Cimeliarchio sanctæ Ecclesiæ *L. ult.* §. 1. *Cod. de bo. auct. iud. poss* & ex aliis auctoribus probant Io. Brodæ. 4. *Misc.* 17. Marcell. Donat. *Dilucid. in Sueton. in Domitiano. Cap.* 7. Hinc Herodian. *Lib.* 1. consumpto per incendium Romæ templo Pacis, magnam factam pecuniarum, quæ ibi deposita, iacturam.

4) Apud tabellionem enim fieri non debere, Cuiac *Cons.* 57. Ræv. 1 *Var.* 15. duplum esse rerum fide publica deponendarum rationem (1) in loco publico apud mensam nummulariorum. *L.* 24. §. 2. *de reb. auct. iud.* (2) in sacro apud sacerdotem ædis alicuius vel fani. Sed immo apud nummularium, non tam solvendæ, quam probandæ pecuniæ caussa fit depositio, quæ non ita liberat *L.* 39. *hoc tit.* ubi Cuiac. 8. *ad Afric.*

tam se debitor obsignare dixit, tum creditori abunde satisfactum est, incipitque esse vera solutio; & simul parcitur pudori debitoris, quem apparet bona fide rem gessisse tanta summa vere obsignata & deposita, quantam dixit & debuit. Quæ cum non sint in sola oblatione, merito ad liberationem debitoris distinguitur sola oblatio quantunvis iusta, ab eo quæ obsignationem pecuniæ & depositionem adiunctam habuit.

VI. Huius obsignationis ad liberationem de qua quærimus, vis hæc est, ut pecunia obsignata & deposita statim liberatio debitori contingat, ut verba sunt *d. L. obsignatione, C. de sol.* Quibus verbis intelligere debemus liberari debitorem *ipso iure*, ut est usus iuris auctorum. in verbo *liberationis*. Nam cum liberatur quis tantum per exceptionem, non solet dici simpliciter liberari, sed liberari iure prætorio, aut liberari per exceptionem, aut utroque modo coniunctim, ut in *L. 5. C. de pact. L. 3. §. 1. D. de pec. const.* Hinc illa consequentia, quæ omnium liberationum communia sunt, comprehensa in *L. acceptam, C. de usur.* ut debitor exinde periculo liberetur; ut inhibeatur usurarum cursus; ut ius pignorum tollatur. Liberatur periculo, id est si res deposita pereat postea, quocunque casu id accidat, debitor non tenetur, sed creditoris detrimentum est. Id enim necesse est evenire in ea re, cuius nomine ante interitum quis non tenebatur. Desinunt usuræ & pignora, quia in omnibus speciebus liberationum ita ius est, ut etiam accessiones liberentur, ut est in *L. in omnibus speciebus, D. de sol.* in quibus sunt usuræ, *L. eos*, in pr. *C. de usur.* Item & pignora, *d. L. in omnibus. L. res hypothecæ. D. de pig.*

VII. Sed huic liberationi tria obstant animadversione digna, quæ si recte explicantur, huius liberationis rectam cognitionem confirmabunt. Primum statuimus obsignatione debitæ pecuniæ debitorem *ipso iure* liberari. Illud *ipso iure*, negare videtur Africanus in *L. cum quis, §. 1. D. de sol.* Ait enim, tum pecunia quæ datur solutionis caussa manet debitoris, liberationem ipso iure contingere non posse. At hoc accidit in pecunia obsignata quanvis deposita, ut nihilominus maneat debitoris; quoniam depositum proprietatem deponentis non mutat, ut paulo pluribus dicetur, postea, cum quæretur de iure debitoris & creditoris in pecunia deposita. Quo efficitur nec in ea liberationem contingere ipso iure. Sed de pecunia quæ solutionis caussa datur ex voluntate creditoris, loquitur Africanus: proponitur enim apud eum debitor iussus esse solvere Titio, cui deinde debitor mandato revocato ignorans solverat. In eo quod ex voluntate creditoris solvitur, si nummi maneant debitoris, ita ut nec creditoris fiant, nec ad eum possint ab extraneo pervenire, recte dicitur liberationem ipso iure non contingere. Nam in solutione quam creditor admittat, id agitur, ut pecunia fiat creditoris. Unde nec aliter soluta intelligitur, quam si fiat accipientis quo modo ille voluit. *L. si rem, L. qui sic, D. de solut.* Merito, ne in re quæ voluntate creditoris geritur, quidquam admittatur contra eius voluntatem. Quod de vera solutione hic dicitur, id ad alias liberationes non pertinet; in quibus aut non id agitur, ut pecunia numeretur, aut numeratur non volente, sed invito creditore. Novatio & acceptilatio liberationem habent, & eam quæ iure ipso contingat. Neque tamen in his ullius pecuniæ dominium a debitore recedens ad creditorem transit: scilicet quia non id agitur. De obsignatione multo magis licet idem dicere. In hac non modo non id agitur, ut pecunia sit creditoris; sed & numeratio, & quidquid hic fit liberationis caussa, peragitur aperte invito creditore, qui pecuniam oblatam accipere recusat, nec patitur consensu suo aliter debitorem liberari; quod tamen contra fit in novatione & acceptilatione. Inepte igitur, ne dicam absurde, requiramus in hac specie ad liberationem, ut nummi fiant creditoris, in qua constat illum accipere nolle: placetque nihilominus adversus recusantem & invitum procedere liberationem.

VIII. Obstat secundo loco *L. acceptam. C. de usur.* Sic enim illic in *extremo* scriptum est, ad exactionem pecuniæ obsignatæ & depositæ utilem actionem competere creditori adversus depositarium, non adversus debitorem, nisi forte is eas receperit. Cuius exceptionis hanc significationem esse apparet, ut si debitor pecuniam depositam ad se receperit, teneatur eius nomine creditori. Non ergo liberatus est obsignatione debitor, qui adhuc tenetur actione. Non enim liberatus est, qui adhuc debet: debet autem, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor, D. de verb. signif.* Et fatendum est ita esse, ex quo debitor pecuniam ad se recepit, intelligendumque illa lege suppeditari superioris liberationis explicationem in hanc sententiam, ut obsignatione libe-

liberetur quidem debitor ipso iure & statim, sed tamdiu, quamdiu pecuniam obsignatam non recipiet: quod si receperit, incipiat rursum teneri creditori, vereque dici possit eum hactenus non esse liberatum. Sed ex hac sententia incidit res in maiorem difficultatem. Est enim sententia iuris certi actionem & obligationem semel exstinctam amplius revocari non posse. *L. Mævius*, *§. duorum*, *D. de leg.* 2. *L. qui res*, *§. aream*, *D. de solut.* Qua sententia posita, necesse esse videtur alterutrum fateri, aut falsum esse, liberatum semel obsignatione debitorem amplius ex eadem caussa teneri posse, quia isto modo revocaretur adversus eum ante exstincta actio: aut si post receptam pecuniam tenetur, ne prius quidem fuisse liberatum, eoque nec omnino ne a principio quidem liberatum fuisse. Prius dicere non licet. Apertius enim significatur in *d. L. acceptam*. debitorem pecunia recepta teneri creditori, quam ut id infirmare liceat. Relinquitur igitur posterius, ut fateamur debitorem pecunia recepta ne ante quidem fuisse obsignatione liberatum. An dicemus debitorem obsignatione liberari in totum, si nunquam pecuniam ad se recipiat: sed si recipiat, retroversus videri nunquam liberationem contigisse? Nam hoc fit in legato, cuius dominium & alias dicitur simpliciter ad legatarium transire. *L. a Titio*, *D. de furt.* Scimus tamen alibi hanc conditionem adiici, si legatarius agnoverit: quod si repudiaverit, placet retro nec videri unquam legatum eius fuisse. *L. servum*, 44. *§.* 1. *L. si tibi*, 86. *§. cum servus*, *D. de leg.* 1. Sed hoc in proposito dici non potest: alioqui probandum esset, si debitor ante sub usuris debuit, pecunia ad se recepta retroversus & sine ulla interpellatione creditoris eum iam inde ab initio usuras debiturum, uti fieret si nunquam esset liberatus: quod Papinianus negat in *L. debitor*, *D. de usur.* An dicemus potius debitorem & ante pecuniam receptam fuisse liberatum ipso iure omni obligatione, & post receptam incipere rursum teneri, neque tamen revocari veterem actionem seu obligationem semel exstinctam: quia debitor prius liberatus sit vetere actione in totum; post autem teneri incipiat non vetere actione sive directa, sive utili; sed 5 nova, quæ contracta sit ex ipsa pecuniæ receptione? Sed ne hoc quidem licet dicere. Nova enim potest esse actio depositi creditori post obsignationem, ut postea dicetur: sed hæc adversus depositarium est: adversus debitorem competere non potest, apud quem pecunia non est deposita; & si esset, tamen rei quæ ipsius esset, depositum non consisteret. *L. qui rem*, *D. depo.* *L. neque pignus*, *D. de reg. iur.* Alia autem nova nulla nasci potest ob receptam a debitore pecuniam, ubi creditor nihil fecit, aut contulit in debitorem ea lege, ut pecunia maneret in deposito: & si fecisset, tamen dati repetitio esset, non nova actio de pecunia deposita. Adde, quod ex ea actione, quæ stricti iuris esset, non deberentur usuræ ex mora. *L.* 1. *C. de cond. ind.* quod tamen Papinianus in proposito negat in *d. L. debitor*, *D. de usur.* Quid ergo est? Restat nimirum, ut dicamus, quod & recte dicturi sumus, obsignatione pecuniæ debitorem ipso iure & statim sine exceptione liberari per id tempus omne, quo pecuniam, ad se non recepit: nec si receperit postea, ideo prioris temporis conditionem immutari; alioqui nec pro eo tempore recte diceretur liberatus. Sed nihilominus recte dici, cum pecuniam ad se receperit, incipere teneri vetere actione; non illa quidem directa, sed tamen utili; nam & hæc utilis nominatur in *d. L. acceptam*. in fin. Non obstare, quod dicitur actionem seu obligationem semel exstinctam amplius restitui non posse. Hoc enim de directa actione dictum accipiendum esse. Nam quominus restituatur utilis, nihil prohibere, si quando id æquitas postulare videbitur. Quod in proposito summa ratione accidit. Cur enim placet debitorem obsignatione pecuniæ liberari? Quia pecuniam obsignatam deposuit. Tolle hanc caussam: beneficium liberationis sustuleris. *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* *L. quod dictum*, *D. de pact.* At desinit pecunia esse deposita, cum debitor depositum ad se recepit: & quo magis id debitori noceat, desinit eius ipsius facto cum creditoris iniuria. Æquissimum est igitur id factum ei nocere, ne beneficii caussa sublata, quam ipse sibi ademit, beneficio iuris potiatur: idque maxime est ex sententia legis liberationem ex superiore caussa tribuentis. Sed quoniam ius summum non patitur, ut quæ actio semel amissa est, amplius revocetur; fit, ut non restituatur directa, quod ius prohibet; sed restituatur utilis admittente hanc & velut exigente sententia & utilitate legis. IX.

5) Sicut Donell. noster ipse resp. *ad d. L.* 10. *n.* 27. teneri incipere novis actionibus, in rem quæ creditori competit vel depositi utili. S...

IX. Omnium maxime adversatur superiori liberationi. *L. debitor*, *D. de usur.* Proponitur apud Papinianum debitor usurarius, idest qui sub usuris pecuniam deberet, creditori pecuniam debitam obtulisse, & cum eam creditor accipere noluisset, obsignasse & deposuisse. De effectu huius obsignationis respondet Papinianus, quod pertineat ad liberationem de qua quærimus. *Ex eo die*, inquit, *ratio non habebitur usurarum: quod si postea conventus, ut solveret, moram fecerit; nummi steriles ex eo tempore non erunt*. His verbis, ut videtur, de usuris liberatum esse debitorem dicit: de sorte negat. Significat enim debitorem post obsignatam a se pecuniam & depositam interpellari posse a creditore, ut solvat quod debuit, & nisi solvat, moram facere posse: hoc amplius usuras ex mora debitum iri. Utrumque certissimo argumento debitorem in sorte non esse liberatum: sed actionem etiam nunc adversus eum creditori competere: quoniam nec mora debitoris ibi potest intelligi, ubi nulla creditori petitio seu actio est. *L. nulla*, *D. de reg. iur.* nec usuræ sine principali obligatione sortis deberi possunt. *L. eos*, in pr. *C. de usur.* Sed & hoc fatemur esse verissimum; neque tamen minus verum est debitorem obsignatione pecuniæ iam a principio in totum fuisse liberatum. Sic enim intelligendum est debitorem interpellatum post obsignationem moram facere, & ex mora debere usuras, si tunc interpelletur, cum pecuniam obsignatam & depositam ad se receperit: quo tempore eum incipere creditori teneri diximus. *d. L. acceptam*, *C. de usur.* Ante quia non tenetur, ne tunc quidem si interpelletur a creditore, moram metuet: quoniam in mora non est, a quo pecunia peti non potest. *d. L. nulla*, *D. de reg. iur. L. lecta*, §. *pen. D. si cert. pet.* Hanc interpretationem non modò non repudiant superiora verba Papiniani; ex *L. debitor*. sed etiam ex conceptione verborum admissis in consilium aliis locis admittunt, ac tantum non flagitant. Observandum est enim diligenter Papinianum non dicere, si debitor post obsignationem interpellatus sit, eum moram facere: sed dicere, si interpellatus moram fecerit, eum debiturum ex eo tempore usuras. Est ergo hæc conditio, si interpellatus debitor moram fecerit. Certum est conditionem nihil adfirmare, sed tantum id quod in conditione est, in suspenso ponere. *L. si quis sub conditione*, *D. si quis omis. cau. test.* Non ergo hac conditione significat Papinianus interpellatum debitorem moram facere, sed moram facere posse. Unde huc res redit, ut quærendum sit, quando post obsignationem pecuniæ interpellatus debitor moram faciat. In quo ex principiis iuris notis responderi necesse est, tunc eum moram facere, cum creditori interpellanti petitio sortis esse cœperit: postquam mora ante a debitore fieri non potest. *d. L. nulla*, *de reg. iur. d. L. lecta*, vers. pen. *si cer. pet.* Atque hoc posito rursum ordine quæremus, quando post obsignationem pecuniæ incipiat creditori esse actio adversus debitorem. Hic vero utemur sententia & exceptione *L. acceptam*, ad quam nos quæstio proposita recte ordine tanquam manu deducit: & respondebimus, non prius eum teneri, eoque nec prius interpellatum moram facere, quam pecuniam a se prius depositam ad se receperit. Itaque & de eo debitore loqui Papinianum recte intelligemus. Quod cum senserit Accursius ad *d. L. acceptam*, quam recte id fecerit, apparet.

X. Ex his ergo locis in speciem contrariis, atque his responsis in unum collatis, utilis explicatio sumitur propositæ liberationis, & utile in primis temperamentum: cuius vis & summa hæc est. Obsignatione debitæ pecuniæ, quamdiu debitor depositam non recipiet, tamdiu ipso iure liberatur omnimodo: ut nec eius temporis unquam debiturus sit usuras nec si per id tempus interpelletur a creditore postea, ut solvat, cogatur ullo modo creditori solvere, aut in eo ullam moram metuat, a quo peti nihil potest. *d. L. acceptam*, in fin. *C. de usur.* Quod si pecuniam depositam ad se receperit; incipit rursum creditori teneri eadem actione qua prius; non tamen directa, quam ius restitui non sinit; sed utili, cui caussam dederit factum debitoris: quippe qui rem depositam revocando, fecit, ut cessaret caussa prioris liberationis. *d. L. acceptam*. Ex eo tempore interpellatum a creditore si non solvit, recte & convenienter regulis iuris dicemus eum moram facere. *L. illud*, *D. de per. & com. rei vend.* Item & ex eo tempore pristinum obligationis statum restitui, ut non iam inde sors solum, sed etiam usuræ, quæ prius, & nunc incipiant deberi sententia *d. L. debitor*. *D. de usur.*

XI. Hoc iure posito, obsignatione pecuniæ debitæ debitorem liberari, quamdiu pecuniam depositam ad se non receperit, quæri cœpit de pecunia, quo iure esse incipiat: id est abeatne ea a debitore qui hanc a se removit, & eo facto liberatus est;

est; an vero quia non transtulit, eius maneat, & eodem iure, ut si non esset ab eo obsignata & sive huius manet, sive non manet, pereatne ea creditori, qui hanc non admisit: an vero quia illius causa obsignatur & deponitur, aliquo modo ei consulatur in ea re; & quae sint in eo utrique eius pecuniae persequendae caussa actiones. Quae pars attingitur subobscure in *d. L. acceptam*. In extremo, *C. de usur.* nec minus quam superior explicationem desiderat. De qua sic habendum est. Et si de debitore primum quaeritur; pecunia obsignata manet eius, ut ante fuit; & quia eamdem deponit, necesse est & eum in ea pecunia eodem loco, quo caeteri qui quid deponunt, habere. Ex quo illi eius pecuniae recipiendae caussa duae actiones; in rem ut domino adversus quosvis eius pecuniae possessores; & in personam depositi adversus depositarium. Ac debitorem manere dominum pecuniae obsignatae hinc intelligimus, quod necesse est id ita fieri, si dominium obsignatione ab eo non recessit. Iuris autem certi ratio ostendit non recessisse. Primum nemo facto suo invitus dominium rei suae amittit; nemo, nisi qui voluit amittere. *L. si procurator meus*, *D. de adq. rer. dom.* Non vult autem amittere, qui pecuniam pro derelicto non habet, sed ideo obsignat, ut servet, quam eamdem & deponit, ut obsignatam in deposito habeat. Ut rei commodatae proprietatem retinet qui commodat; rei pigneratae proprietatem debitor: tantum ideo, quia hanc noluerunt a se dimittam transferre. *L. rei*, *D. com. L. cum & sortis*, *§ ult. D. de pig. act.* Sic multo magis proprietatem rei depositae is qui deponit, qui multo minus quam superiores transferre voluit. Tum autem ut maxime qui obsignat pecuniam & deponit, nollet amplius esse pecuniae dominus; tamen sic tus est, ut possessio quidem recedat, ut quisque constituit nolle possidere; dominium autem nihilominus eius maneat, qui dominus esse non vult, nisi aut transferat, aut rem abiectam pro derelicta habuerit. *L. si quis vi*, *§. 1. D. de acq. poss.* Manet ergo debitor pecuniae obsignatae dominus, qui obsignatione dominus esse non desiit. Scimus autem domino in rem actionem competere. *L. in rem*, *D. de rei vind.* De deposito hic non dubitatur, postquam pecuniam hic obsignatam & depositam fingimus. Est autem depositi actio ei qui rem deposuit, adversus eum qui accepit *L. 1. D. depo. §. pen. Inst. quib. mo. re cont. obl.* Nihil detrahit in proposito huic obligationi, quod debitor pecuniam obsignatam deponit hoc animo, ut restituatur quandoque reposcenti creditori. Nam qui id agit, ut restituatur alteri, idem id agit aperte, ut quamdiu illi recte restituta non erit, restituatur sibi. Unde & in hac ipsa conventione directam depositi actionem deponenti competere re nondum restituta, scriptum est in *L. pen. C. ad exhib.* Quae cum sint duae debitori actiones ad pecuniam obsignatam recipiendam, non mirum, si in *d. L. acceptam*. dicitur actio competere creditori adversus debitorem, si hic pecuniam depositam ad se receperit. Recte, si receperit: potest enim recipere, non tantum volente, & ultro restituente depositario aut eius pecuniae possessore; sed etiam eo invito, ut adversus quem sint eo nomine eae actiones, quas dixi. Quibus ad liberationem accedentibus, apparet debitorem obsignatione & depositione pecuniae tria contequi, in obligatione liberationem, in iure pecuniae retentionem veteris actionis in rem, & novam depositi actionem, eamque in debitore obsignationis vim esse.

XII. Neque ideo tamen res creditori perierit. Sed & huic hoc modo consulitur. Nam si debitor iure suo usus pecuniam ad se receperit, incipit vetere actione utili teneri creditori, de qua ante diximus. Si patiur pecuniam in deposito esse, contingit quidem plena liberatio; sed creditori pecuniae depositae persequendae caussa placet easdem illas esse actiones, quas modo debitori eo nomine dedimus; in rem scilicet adversus quosvis possessores, & depositi adversus depositarium: tantum hoc interesse, quod debitori superiores actiones sunt directae, ut vero domino, & ei qui vere deposuerit: creditori utiles: quae sententia est *d. L. acceptam*, in fin. *C. de usur.* In rem actio illic designatur, cum dicitur utilis actio ad exactionem pecuniarum depositarum competere creditori contra ipsas pecunias. Haec enim est descriptio actionis in rem, ut dicatur rem sequi, non personam. *L. ult. C. si unus ex plur. her. deb.* atque adeo, quod propius ad superiora verba accedit, ut dicantur hac actione res, non personae conveniri. *L. Imperatores*, *D. de pub. & vect.* Conveniti autem res ipsas, & dari actionem adversus res ipsas, idem valent. Depositi actio, quam hic quoque dicimus creditori competere, significatur *ibidem* illis verbis, cum dicitur praeter actionem utilem, quae competit creditori contra

tra pecunias ipsas, etiam competere huic ipsi utilem contra depositarium. Non est actio adversus depositarium tanquam depositarium, nisi quia depositum accepit: hæc autem est actio depositi. §. *pen. Inst. quib. mod. re contr. obl.*

XIII. Sed cum omnis actio suas caussas iure constitutas habeat, unde hæ actiones, aut quibus ex caussis? Volumus hic creditori esse actionem in rem pecuniæ persequendæ caussa. Atqui quæcumque actio in rem est tanquam de re sua, ea aut rei vindicatio est domino prodita, aut Publiciana prodita bonæ fidei possessori. *L.* 1. §. *namque Inst. de act.* Hic autem neque creditor dominus est, cui res tradita non est, *L. traditionibus, C. de pact.* nec bonæ fidei possessor, qui ne possessor quidem est, aut unquam fuit. Et certe Publicianam ei non competere fatendum est, qui nunquam possedit. Sed erit in rem actio civilis, quæ eadem dicitur vendicatio. Neque ea re impediemur, quod creditor pecunia sibi non tradita dominus non est. Vere enim & subtili iure non est dominus. Rem autem ex æquo æstimanti tantum videri potest intervenisse, quantum satis sit ad possessionem creditori acquirendam, & per possessionem dominium. Etenim deposita est pecunia apud depositarium, ut restitueretur creditori. Proinde deposita hoc animo, ut depositarius esset in eius pecuniæ possessione nomine creditoris. Porro is possidet, non qui in possessione est, sed cuius nomine possidetur. §. *possidere, Inst. de interd. L. quod in eo,* pr. *D. de acq. poss.* Nondum tamen satis ad possessionem adquirendam creditori. Numquam enim acquiritur possessio per extraneam personam, nisi volenti. *L. eo quæ, D. de acq. re dom.* Proinde nec in hac specie possessio pecuniæ depositæ prius acquiri potest creditori, quam is re cognita constituerit velle eam pecuniam per depositarium possidere. Quod ubi fecit, non repugnante depositario, exinde illi acquiritur possessio secundum regulas iuris, & per possessionem dominium. *L. traditio,* §. *ult. D. de acq. rer. dom.* §. *ex his, Inst. per quas pers.* Qua ratione & tum recte dixerimus actionem directam in rem incipere competere creditori, non utilem. Sed quoniam hic creditori res est adversus depositarium, qui quo tempore convenitur, sese adversarium creditori constituit, eoque non amplius possidet nomine creditoris, aut agitur adversus extraneum possessorem, qui sibi rem tenet, non alii: eo fit, ut subtilitate iuris non possit dici possessio pecuniæ acquiri creditori qui quo tempore possidere vult, non habet eum, qui transferat. Unde evenit, ut nec per eam possessionem fiat dominus; & quia dominus non est, nec eo iure directam actionem in rem habeat. Sed æquum est depositarium qui semel rem accepit, ut creditoris nomine possideret, desiderante creditore perinde semper haberi, quasi eam possessionem retineret, ne creditor damno afficiatur, neve depositarius dolo suo illi noceat. Idemque adversus eum constitui æquum est, qui a depositario accepit. Unde rursum creditori tanquam domino in rem actio, sed utilis. Et hoc, nisi depositarius reposcenti debitori, eidemque domino pecuniam restituerit: quo casu & liberatur depositarius, & creditor veterem actionem licet utilem nanciscitur adversus debitorem, ut iam non sit ei alia actione opus.

XIV. De depositi actione eadem dubitatio est. Volumus in proposito utilem actionem depositi creditori dari adversus depositarium. At quomodo depositi actio ei, qui non deposuit, cum constet in deposito negotium geri inter deponentem, & accipientem, eoque actionem depositi competere, qui deposuit, non alii? *L.* 1. §. *si prædo,* §. *pen. D. depos.* Sed hoc de directa actione recte dicitur. Utilis sic potest competere ei qui non deposuit, si is cui directa actio quæsita erat suo nomine, eam voluntate sua in alium transtulerit. Quod hic factum est, dum debitor pecuniam obsignatam deposuit eo animo & ea tacita lege, ut is eam rem restituat Titio creditori, si is repeteret. Sic generaliter definiemus, quisquis rem suam commodat, donatve alicui, aut apud aliquem deponit ea lege, ut is eam rem restituat Titio, toties ei quidem qui dedit, acquiri suo nomine directam actionem, commodanti commodati, donanti condictionem ob caussam dati caussa non secuta, deponenti depositi: verum ita, ut simul placeat Titio, cui res ex superiore conventione restitui debuit: easdem actiones dari, non directas, sed utiles, tanquam in eum scilicet voluntate domini translatas. Exstat definitio in his ipsis caussis in *L. pen. C. ad exhib. L.* 3. *C. de don. quæ sub mod.* Non refragatur regula iuris, per extraneam personam cum res cæteras, tum maxime actionem nobis acquiri non posse. §. *ex his, Institution. per quas pers. L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Huic enim tunc locus est, cum conventione id agitur, ut quæ actio in persona acquirentis non constitit, recta alii

alii acquiratur. *L. quaecumque.* 1, *D. de obligat. & act.* Quod si quae actio nostra esse coeperit, nihil prohibet quominus nobis recte quaesitam in alium transferamus, ut sit apud accipientem non directa, sed utilis. Argumento certissimo sunt ea, quae de cessione actionum diximus *supra suo loco*, quam receptam esse constat tantum ideo, quod qui actionem sibi habent, eam conventione transferrent in alium, ex quo genere est illa conventio, cum quid ita damus, ut restituatur alii.

XV. Esto ergo haec vis obsignationis & depositionis rei debitae cum ad liberationem debitoris, tum ad huius ipsius & simul creditoris cautionem: sed praecipue ad liberationem, de qua potissimum nunc agitur, & per cuius occasionem caetera quaesita sunt, quae dixi. Nunc redeo ad hanc ipsam liberationem: quam cum placeat debitori contingere re debita oblata, si & obsignatio ista rei oblatae, & depositio secuta sit; *d. L. acceptam, C. de usur. d. L. tutor pro pupillo, §. ult. D. de adm. tutor.* apparet hoc dici, quod & supra initio posuimus, sine hac obsignatione & depositione debitorem non liberari, quantumvis rem debitam recte obtulerit creditori, & is sine caussa accipere recusarit. Quid ergo fiet in iis rebus debitis, quae obsignari & deponi non possunt, si forte eas recte oblatas creditor recuset accipere, & debitor omnino velit liberari? Huius generis sunt res immobiles & ex mobilibus animalia. Immobiles, ut aedes, fundus, natura nullo involucro includi possunt, ut id obsignetur. Nam ad eam rem motione rei opus est; res autem immobiles loco moveri non possunt. Animalia possunt includi septis, aut involucris tegi ita, ut septa & involucra recte obsignentur; sed hoc non aliter, quam ut animalia aut inedia pereant, si quis septa non resignat, aut praeclusione aeris suffocentur: quod iuris auctoribus in obsignatione exigenda propositum non fuit. Comparata est enim obsignatio & depositio pecuniae, non quo noceatur, sed quo consulatur creditori, ne quid illi facile de summa obsignata deperierit, ut ante ostendimus. Quid ergo, inquam, in his rebus fiet, si eas recte oblatas creditor non accipiat? Puto in his superesse, quod pro obsignatione & depositione cedat ad cautionem creditoris, quo adhibito non minus debitor re oblata liberari debeat. Et quod ad res immobiles attinet, ut hae obsignationem non recipiunt: ita etsi reciperent, supervacuum & ineptum sit eam exigere: ac nihilominus res eodem loco habenda est, ac si intervenisset. Quorsum enim obsignatio in pecunia debita? Ne quid scilicet de pecunia sacculo inclusa & obsignata subduci possit, quin furtum deprehendatur, & hoc deprehensio ea re cautum sit utrique & debitori, & creditori, ut supra diximus. Atqui natura rerum immobilium satis nos per se hoc omni periculo subductionis liberat. Non enim periculum est, ne subducantur eae res, quae loco moveri non possunt, & ubicumque semel esse coeperint, ibi se perpetuo ostendunt. Quare hoc consecuti, quod natura rei dat, aliud ad eam rem adipiscendam amplius non desiderabimus: quia esset, ut dixi, non tam inutile, quam ineptum & ridiculum. Et ita est iuris perpetui ratio, ut quae in ea caussa sunt, ut his non adhibitis nihilominus idem futurum fuerit, ea tanquam supervacua non requirantur. *L. Cornelius, D. de her. inst. L. quidam*, vers. *in eo autem. D. de ver. obl.* Usque adeo, ut si quid forte iure in universum desideretur ad rem aliquam; si cognitum sit, quamobrem desideretur, eum finem semel consecutis nobis placeat non amplius id desiderari. Ut, traditio simpliciter exigitur ad dominium transferendum. *L. traditionibus, C. de pact.* Si tamen res mea quam tibi vendidi, sit apud te iam ante ex commodati, locati aut depositi caussa, & patiar eam ex caussa emptionis apud te esse, placet etiam sine traditione nudam hanc voluntatem sufficere ad rem transferendam. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. dom.* Nempe quia satis intellectum est traditionem ad dominium transferendum requiri ideo, ut per traditionem transferatur possessio in accipientem, atque hinc ex possessione dominium, quando ex possessione dominium nascitur iure gentium. *L.* 1. in princip. *D. de acq. poss.* Frustra autem requiramus tradi possessionem ei, qui eam voluntate domini apud se habet. Restat, ut cum in rebus immobilibus natura ipsa rerum satis sit pro obsignatione, eoque nec in his iure desideretur alia obsignatio: adhibeatur saltem ea depositio, quam cum obsignatione coniunctam esse volumus, ne res incustodita pereat, & ut habere possit creditor, a quo eam consequatur, si recipere velit. Et res immobiles proprie ne depositionem quidem recipiunt; cum deponere sit rem aliquam ab uno apud alium ponere: quod non fit nisi motione loci, quae motio in res immobiles non cadit. Sed pro depo-

depositione fiet quod est depositioni proximum; certe quod ad cautionem creditoris, eamdem, aut etiam maiorem vim habet. Adhibebitur curator rebus immobilibus, qui eas res conservet, & curet, & eo nomine, deque his restituendis teneatur mandati actione; directa quidem debitori, utili autem creditori; ut fieret in depositi actione pecunia a debitore deposita. Sed hic idem exigemus, quod in depositione; ut quemadmodum pecunia deponi debet tuto in loco, & is tutus intelligitur de quo iudex constituerit; sic curatorem hunc non adhibeat debitor, quem privatim voluerit; sed adeat de ea re iudicem, a quo ei custodiæ curator constituatur.

XVI. In animalibus oblatis, quæ creditor accipere recuset, hæc cautio pro obsignatione & depositione erit. Animalia si quibus sine damno corporum, & rerum deteriore ratione signum aliquod imponi potest, ut duret, & eo signo notabuntur; ut quandoque postea sciri possit ea esse quæ fuerint debita, neque obsignata & deposita fuerint. Quod si qua notas eiusmodi non recipiant: nihil relinquetur debitori ad præsentem liberationem. Nihil enim profuerit ei animalia debita deponere ad cautionem suam & creditoris: cum deposita mutari possint, ut incertum sit, an hæc ipsa quæ nunc reperiuntur, & forte non debentur, deposita fuerint, an alia. Quæ autem eas notas recipient, quas dixi, cum ea prius notata certa nota fuerint testibus adhibitis; tum deinde iisdem præsentibus annumerata committentur custodiæ eius, quam ad eam rem aditus iudex constituerit. Hæc si non impetrantur a debitore qui idoneos curatores non reperiat, qui curam suscipere velint; nihil aliud ei relinquitur, quam ut res sibi habeat, ut ante, & curet pro suo captu; nec prius liberationis spes est, quam res recte oblatæ sine dolo malo eius perierint. Nec moleste ferre debet hanc custodiam in rebus immobilibus & animalibus; cum pro cura earum rerum etiam lucretur fructus: quos constat in restitutionem non venire: in strictis quidem iudiciis nisi post litem contestatam; *L. videamus*, 2. §. *si actionem*, *D. de usur.* in bonæ fidei autem iudiciis, itemque in legatis & fideicommissis non nisi post moram, *L.* 3. in princip. §. 1. *L. usuræ*, *D. eo.* Iam vero qui rem recte obtulit, tantum abest, ut moram faciat, ut si fecisset prius, offerendo purget. *L. interdum*, §. *ult. D. de verb. obl.*

XVII. Ex his apparet, quæcunque rei debitæ oblatio intervenerit a debitore, & quæcunque hic recusatio fuerit creditoris; non licere debitori propter creditoris iniustam recusationem rem oblatam abiicere a se, & pro derelicta habere; & si fecerit, nihil ei prodesse ad liberationem, sed periculum eius esse non minus, ut si res apud eum exstaret.

XVIII. Unam exceptionem a veteribus receptam esse video in vino doliari vendito: de quo in hanc sententiam scriptum est in *L.* 1. §. *ult. D. de per. & com. rei vend.* si vino doliari vendito emptor non recipiat vinum ad diem constitutam, aut nulla constituta die non recipiat prius, quam ad vindemiam opera vasorum futura sit necessaria; licere venditori vinum effundere, atque ita perdere; ut quantum inde effusum esse constabit, eatenus liberetur. Ut autem sciri possit, quantum effuderit, atque hoc modo quantum perierit emptori, debere venditorem per corbem mensuram facere, & effundere. Ubi apparet [6] corbem dici mensuræ genus, quo ad eam admensionem veteres utebantur. Erat autem doliare vinum Romanis, quod in magnis amplius doliis habebatur. Conficiebanturque ea [7] dolia in cella ipsa vinaria, ut postea moveri eo loco non possent; qualibus & nunc in Italia, & in quibusdam partibus Germaniæ, & Galliæ utuntur. Ex his doliis vinum ita venditur, ut vendatur sine doliis, indeque emptor vinum sumere, & in alia sua vasa [8] transfundere debeat. Recipiendæ in hac specie effusionis ratio hæc est, quod venditor nec vinum in alia dolia transfundere potest, quæ ipse non habet; nec in suis doliis sine manifesto detrimento suo retinere. Non enim potest sine doliis colli-

lige-

6) Recte & consentit Turneb. 7. *Advers.* 23. Diff. Cuiac. 2 *Obs.* 36. & Henr. Samuth. *in not. ad Lib.* 1. *Memorab.* Pancirolli *C.* 24. *p.* 143. quia cum ex viminibus contexatur, Varro 1. *de Re rust.* 22. vix liquorem contineat, & quia cogendis fructibus præparata *d. L.* 8. Resp. Imo in *d. L.* 8. corbes iunguntur torcularibus. Ergo per *L.* 206. *de V. S.* Et quid vetat corbium usum tum in admetiendo vino ex doliis maioribus, tum in cogendo, seu colligendo vino, & forte in doliis depletis rursus implendis fuisse. Nec negat *ibid.* Cuiacius posse corbem ita conserte fieri ut vinum contineat, sed negat tamen & tunc mensuræ genus esse. Quod pari facilitate quà ponitur & meliori iure per *d.* §. *ul.* reiicitur, Facessat vero inepta & inficeta de facetiis & iocis ab Ulp. in *d.* §. *ult.* affectatis, expositio, quasi mera *λιροι…* molesto lectori reponatur, ut Gothof. *in not. ib.* Quæ miror ita placuisse Henr. Samuth. *d. p.* 143. ut iisdem verbis, dissimulando unde sumpserit, referret.

7) Quæ ad perpetuum usum defossa & depressa, nec ut amphoræ & cadi habentur ut exportentur, Cuiac. 2. *Obs.* 36. vid. *L.* 8. *in fin. P. L.* 26. *de instr. leg.* Pancirolli. *Lib.* 1. *Memorab. C.* 24. *&* *in not. ibi.* Henr. Salmuth.

8) Ex doliis minutatim ad amphoras, in culeos vel cados vinum vendi solebat, Connan. 7. *Comm.* 10. *n.* 2.

ligere vindemiam suam, nec potest colligere, nisi doliis prius evacuatis. Quam necessitatem abiiciendæ rei debitæ si in aliquibus aliis rebus dederimus, par est, ut eadem æquitas ius idem admittat.

C A P. X V.

De compensationibus.

Ei qui compensatione non est usus, redire licet ad veterem actionem. XL.

Quid, cum iudex, compensatione contempta illum a quo obiecta condemnavit. XLI.

I. Atque hæ res sunt duæ, quæ re naturaliter oblata creditori pro solutione habentur adversus iniustam creditoris recusationem: oblatio rei debitæ sola interdum, semper autem oblatæ obsignatio solemniter facta. Est cum nihil revera offeratur creditori; fit tamen, quod invito quoque; eo pro solutione cedat; quia fit iam aliquid apud eum, quod desiderante debitore non iniuria pro præstito habeatur. In quo genere est, ut proposuimus, ea quæ dicitur compensatio; quæ & ipsa ideo pro solutione est. *L.* 4. *C. de comp.* Compensare namque dicitur debitor, qui cum ei vicissim aliquid debetur a creditore eodemque actore, vult quod sibi debetur ab eo retineri ne amplius debeat, & simul id sibi pro dependso, seu pensato apud eum esse, ut tanquam eo soluto desinat vicissim & ipse debere. Pro dependso & pensato, id est pro soluto, appellatione a primis temporibus nata, quibus cum Romani ære gravi uterentur in solutionibus, ideo æs [1] appendebant, non numerabant. Unde & [2] pensiones, & pensitationes dictæ pro æris præstationibus. Auctor Festus. Id eum fit a debitore, eodem tempore accidit, ut creditor & ipse penset. Ut enim ei debetur, ita & ipse debet. Pensat igitur id quod sibi debetur, id est tanquam dependit, & solvit, quo liberetur & ipse ab eo quod debet. Hinc in compensatione cum creditor qui petit, & debitor a quo petitur, spectantur per se singuli separatim, dicuntur singuli pensare. Cum autem spectantur coniunctim ambo, tum recte dicuntur compensare: quia simul & una [3] pensant invicem quod sibi debetur pro eo quod debent. Quæ res facit, ut cum singuli invicem simul debitores sint & creditores, quia sit quod debeant, & invicem eis debeatur: eodem tempore in his compensatione tollatur debitum & creditum, dum simul & liberantur, & liberant. Liberantur eo quod debent, dum pensando solvunt. Liberant adversarium eo quod sibi debetur, dum ei quod debet remittunt, ut id pro præstito & soluto habeatur. Fitque hæc dissolutio debiti & crediti ita, tanquam si in utriusque persona debitum & creditum in unum [4] contributum, & ea contributione confusum esset, ut iam neutrum appareret, ut fit in rebus inter se confusis. Inde definita compensatio in *L.* 1. *D. de comp.* debiti & crediti inter se contributio: id est debiti & crediti inter se confusio nata ex mutua utriusque in unum contributione in utriusque litigatoris persona.

II. Compensatio hæc, ut dixi, pro solutione est: sed ita, si prius admissa sit iure adversus eum, qui quod sibi debetur petere instituat. Quod cum non semper fiat, de eo prius constituendum est, ut ante de compensatione ipsa, quam de eius effectu & liberatione quæratur. Et si inter consentientes res agitur, qui compensationem ultro admittant, iure rata est compensatio; etiam si is esset petitor, qui alias non cogeretur admittere; aut aliæ res debitæ vel creditæ, quam quæ [5] compensationem recipiunt; aut non esset idoneum obiiciendæ compensationis tempus, si quis recusaret. Licet enim unicuique iuri suo renuntiantem deteriorem conditionem suam facere paciscendo. *L. pactum, D. de pact. L. pen. C. eod.* Et aliud pro alio volente creditore recte solvitur. *L. manifesti, C. de sol.* Compensatio autem solutio est: ut minimum volenti satisfactio. Est autem & satisfactio pro solutione. *L. satisfactio, D. de sol.*

III. Quod si quis agens volentem debitorem compensare non audit, adversus invitum non statim iure admittitur compensatio, sed tantum certis conditionibus, in quibus posita est necessitas compensationis. Hæ conditiones spectantur partim in personis creditoris & debitoris; partim in rebus ipsis debitis, quarum aliæ cum aliis pensantur; partim in tempore admittendæ compensationis. In quibus singulis est aliquid, quod compensationem repudiet,

1) Ante usum signatorum nummorum, vid. *not. supra Lib.* 6. *C.* 6. *N.* 2. A. Aug. 2. *Emend.* 8. Facit *Genes.* 23. *vers.* 16. quos primum percussisse alii Ianum, alii Saturnum volunt, vid præter citatos *supra Lib.* 13. *C.* 1. *N.* 8. Lud. Carrio 2. *Antiq. Lect.* 3. Theod. Tant. 2. *Var. Lect.* 23. Confer Forst. 1. *de Succ.* 36.

2) Et pendere, solvere significat, unde & dispensatores, expensa, impendere. A. Aug. 2 *Em.* 8.

3) Et quasi in una lance appendunt ut æqua præstatio fiat & quantum præstatur, tantum rependatur: Sic pensare beneficium, tarditatem supplicii gravitate compensare; Don. *ad* §. 30. *I. de act. n.* 13. Ut si duarum rerum æquilibritas seu æqualis ponderis retributio P. Greg. 21. *Synt.* 22. *n.* 2. Leonhard. Cappel. *de Comp. C.* 1. *n.* 2.

4) Cum is unde petitur, vicissim sibi debere dicit & id imputat, quasi pro imputatione hoc idem re ipsa illi tribueret. Don *ad d.* §. 30. *n.* 3. Nec tamen compensationem obiiciens eo ipso debitum fatetur, vid. Fach. 11. *Contr.* 6.

5) Improprie & abusive loquitur hic noster. Neque enim ea dici potest compensatio, sed in solutum datio & acceptio.

dict, aut cur dubitetur, an sit recipienda.

IV. In personis sunt, debitor conventus qui compensare vult, & creditor agens, cui compensatio obiicitur. Quid illi adversus hunc liceat, quæritur: id est in summa, an quivis compensatione uti possit, & an adversus quemlibet. Et si de debitore quæritur, placet [6] unumquemque conventum sine exceptione compensatione uti posse, ut creditorem suum eumdemque debitorem petentem summoveat, si paratus est compensare. Definitio *L. 2. D. de comp.* In quo nihil interest, qua actione debitor conveniatur, utrumne in personam, an in rem. Nam & qui in rem actione convenitur, quanvis a domino ipso, cui æquum est primo quoque tempore rem suam restitui, aut de ea satisfieri, si ea res dolo malo aut culpa eius non restituatur, ut iam rei æstimatio ei præstanda sit, potest pecuniam sibi vicissim ab actore debitam pensare, atque hoc modo dominum in petitione rei suæ removere. Non ita ius fuit olim ante Iustinianum. Iustinianus subiata vetere differentia actionum, quæ erat in hoc genere etiam in actionibus in rem reo convento compensationem dedit. *L. ult. C. de comp. §. in bonæ, Inst. de act.* In actione in personam nihil interest, quod genus sit actionis, quo conveniatur, an ea quæ proprie dicitur actio, an interdictum, an stipulatio prætoria. *L. si ambo, §. ult. D. de comp.*

V. Illud magis dubitatum est, an si quis ex maleficio aut turpi aliqua caussa conveniatur, puta de dolo, furti, vi bonorum raptorum, condictione furtiva, uti possit compensatione. Non enim videtur qui ex improba caussa convenitur, dignus esse, cui mora aliqua tribuatur ad solvendum: proinde nec debere ei licere compensationis exceptione differre petitionem. Sed placuit etiam ex his caussis, si [7] pecuniarie agatur, locum habere compensationem. *L. si ambo, §. pen. D. de comp.* Et vero æquitas compensationis hoc ius postulat: sic enim nominat Papinianus in *L. inter, D. de adm. tut.* Æquitas hæc est, quod qui pensat, quod sibi debetur, facit ut id remittendo videatur tantumdem numerasse creditori suo solutionis caussa. Unde & compensatio, ut dixi, habita pro solutione. Constat autem quidquid quavis de caussa debetur, solutione recte dissolvi. Par igitur, ut dissolvatur & compensatione. Quod si qui convenitur ex maleficii caussa, potest huic petitioni compensationem obiicere, si quid forte ei ex alia caussa honesta debeatur: multo magis poterit obiicere ei, qui vicissim ex alia turpi caussa quid debeat. Inde dictum, si duo dolo malo fecerint, dum sese mutuo deceperunt, invicem de dolo non acturos. *L. si duo, D. de dol.* nempe propter compensationem, quia actio utrinque in hac specie removetur. Inde & illud Papiniani paria delicta mutua pensatione dissolvi. *L. viro, D. solut. mat.* Quæ sententia ad res & actiones privatas pertinet, [8] non ad accusationes actionesve criminales. In quibus id observatur, ut non relatione criminum, sed innocentia reus purgetur. *L. is qui, 5. D. de pub. iud.*

VI. Duo genera actionum hic excepit Iustinianus, ex quibus qui debet, conventum vetat uti compensatione; actio depositi, & si qua est actio, qua res alienæ perperam occupatæ repetuntur. *L. ultim, in fin. C. de comp.* Cur hæ actiones exceptæ sint, & cur solæ, ostendi ad *§. in bonæ, Institution. de act. num. 10.*

VII. Quod attinet ad creditorem, cui compensatio obiicitur, non item ius perpetuum est, ut adversus quemlibet similiter compensatione uti liceat. Si quidem privatus est, qui agit, adversus hunc omnem compensationi locus est. *d. L. 2. D. de comp.* Si fiscus aut respublica, valet & adversus hos compensatio: *L. idem, L. ult. D. de comp.* sed ita, ut quædam caussæ exceptæ sint. De quibus comprehensum est in *L. 3. C. eod.* & *L. aufertur, §. ut debitoribus, D. de iure fis.* Hæ quæ sint, & quid valeant, videamus. Et quoniam de his apertius cautum est in republica & civitate, hinc primum ordiamur: ex quo facilius, quæ ad fiscum pertinent, intelligentur. Septem caussæ sunt, in quibus adversus rempublicam & civitatem quamlibet cessat compensatio.

VIII. Prima caussa est, si quis quid debeat ex pensitationibus publicis, ut ex caussa vectigalium, tributorum, stipendiorum, *d. L. 3. d. L. aufertur, §. ut debitoribus.* Denegandæ in his compensationis ratio manifestior. Pertinent enim hæ pensitationes ad summam reipublicæ: quæ ideo

6) Quare nec excommunicato hæc deneganda, cum & solvere possit arg. *C. veritatis 8. in fin. de dolo & contum.* ac excipere & se defendere, post alios Coppel. *de Compens. C. 3. n. 3. & seq.*

7) Seneca 6 *de Benef.* Ræv. 1. *Var.* 11. Et si pœnalis sit, modo in pecunia, nam & illa pecuniaria actio dici potest, nec in *d. §. pen.* mendum hæret, aut pro *idem est*, *id est* recte reponit Cuiac. 13. *Obj.* 37.

8) *L. 2. §. 5. ad Leg. Iul. de adult.* De iudicio enim de moribus, quod privatum fuit, loquitur *d. L.* 39 non de adulterii accusatione, Cuiac. *ad tit. 6. Ulp.* Briss. *de adult.* C. 19. Scipio Gentil. *de sec. nupt.* C. 6.

eo exiguntur, ut sit publice parata pecunia, unde suppetant facultates ad res gerendas. Unde & in his dictum est consistere nervos civitatis. Hi, ut res ipsæ quæ gerendæ sunt, moram non ferunt; quia facile futurum sit, ut levissima mora interposita rei bene gerendæ, respublica magnum detrimentum sentiat.

IX. Secunda caussa huic proxima est, si quid ex caussa annonaria debeatur, ut est in *d. L. aufertur*, *§. ut debitoribus*, *de iur. fisc.* Is debet ex caussa annonæ, qui mandata annonæ publicæ administratione fraudavit annonam, aut aliter male administravit, quo nomine debitor esse cœpit reipublicæ. Est autem annona quidquid ad victum pertinet, ut sunt frumenta, vinum, oleum, caro, & cætera edulia; qualia solent pro republica convehi ad exercitum alendi exercitus caussa. *L. 1. L. ult. D. ad leg. Iul. de ann.* Hæc caussa ideo compensationem non recipit, quia cum pertineat annona publica ad alendos & tuendos eos, in quibus posita est salus civitatis; apparet & hanc caussam non minus quam superiores præstationes ad summam reipublicæ pertinere, omninoque ad eamdem utilitatem referri. Ad hanc caussam pertinet frumenti & olei publici pecunia, quæ commemoratur in *d. L. 3. C. de comp.* Nam frumentum & oleum publicum nihil aliud est, quam annona: nec aliud frumenti & olei huius pecunia, quam pecunia quæ ob eas res male administratas debetur. Ad eamdem caussam referri debet negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, cuius meminit Papinianus in *L. ob negotium*, *D. de comp.* Ubi copias recte [9] Duarenus *L. 1. Disp. C. 16.* sic accepit, commeatum sive annonam exercitui necessariam: quo verbo in hac significatione usos esse & Tacitum, & Plinium in epistolis ostendit. Nec immerito sunt usi. Ita enim est huiusmodi annona, ut eam magna copia, vel potius magnis copiis convehi oporteat ad exercitum alendum. Unde ibidem Papinianus ex superiore iure de caussa annonaria constituto negat in ea caussa compensationem reipublicæ aut fisco obiici posse. Non est caussa annonaria, si quid princeps aut potens aliquis donationis aut largitionis caussa publice civibus [10] tributum velit, quamvis ex rebus ad victum pertinentibus. Hæc enim annona in privatos nullius publice utilitatis caussa collata, & ipsa privata est, non publica: nec denegatur compensatio, nisi in caussa frumenti & olei publici, id est annonæ publicæ. Et hoc est, quod dicitur in *L. ideo*, *D. de comp.* Ideo condemnatum, quod [11] arctiorem annonam ædulitatis tempore præbuisset, frumentariæ pecuniæ debitorem non videri. Et ideo compensationem habere. Frumentariam pecuniam vocat Papinianus, quæ est annonaria, & ex caussa frumenti publici debetur. De hac annona si ageretur, cessaret compensatio. Nunc cum in hac caussa non versetur annona publica, recte Papinianus colligit compensationi locum esse. Negat autem ideo hic esse pecuniam frumentariam, seu caussam annonariam, quod ageretur de eo, qui arctiorem, id est minorem iusto annonam præbuisset ædulitatis tempore.

X. Est in Pandectis Florentinis ædilitatis tempore. Quod si recipimus, omnino caussa annonaria est, si quis annonam publicam tractavit, quantumvis ædilis fuerit Romæ; falsumque est quod Papinianus ait debitorem in ea caussa compensationem non habere. Legendum est, ut in aliis exemplaribus & iis veteribus legitur, edulitatis, quo modo solo constanter legisse Accursium ex glossa eius constat, qui in eo verbo explicando laborat. Quod cum Budæus, & Alciatus, [12] emendassent, ac reposuissent ædilitatis, & Haloander secutus esset, Duarenus idem illud verbum edulitatis defendit *Lib. 1. Disp. C. 26.* Interpretaturque edulitatem rerum edulium largitionem & donationem, quæ a Principe in populum, cum magna esset annonæ caritas, conferri solebat. Recte. Nam & hoc solum recte convenit responso Papiniani, qui in hac caussa tanquam non frumentaria seu annonaria compensationem admittit. Et a rebus edulibus edulitatem pro munere & præstatione rerum edulium secundum analogiam recte dici nemo negaverit. Sed & hoc sensu usurpatum esse veteribus verbum edulitatis recte, opinor, probat Duarenus ex Lampridio in Alexandro his verbis: *Cum edulitatem P. R. ab eo peteret*,

9) Et Brist. *Lib. 2. de Sol. Cap. de Compens. p.* 426. quia sic apud Valer. *Lib.* 5. *C.* 1. Plin. *in Panegyr.* Ratio autem hic inhibendæ compensationis est utilitas publica, Renat Choppin. *Lib.* 2. *de Privil. rust. P.* 1. *Cap.* 9. & annonæ necessitatis, de qua Frid. Fur. Ceriolan *de Consiliar. in Concilio* 5. *Frumentario*, Elias Reusner. *Lib.* 1. *Art. stratagem* *Cap.* 29.

10) De largitione frumentaria vid. M. Vertran. Maur. *de iure Lib Cap* 16. fuse Lips. 1. *Elector.* 8. Atque hinc cœna annona, Plaut. *in Trinummo* 2. *Sc.* 4. pro annonaris, quæ sine impensa alieno sumptu daretur, Palmer. *Spicileg. Epist.* 5. *pag. m.* 689.

11) Qui aliquid subduxit ex frumenti quantitate, quam viritim populo distribui oportuit, Rob. 3. *Sent. ult* Aliter Ræv. 3. *Var.* 17. qui in annonæ dispensatione pretium auctoritate senatus constitutum excessit & auxit.

12) Alc. *ad L. pupillus* 239. *de V. S.* Cuiac. 9. *Obs.* 33. Ræv. 3. *Var.* 17. Lyclams 3. *Membr.* 13. Leonhard. Coppel. *de Compens. Cap.* 4. *n.* 33. *& seqq.* & ante eos primus Catellian. Cotta *in Memoral. v. annona.*

ret, interrogavit per curionem, quam speciem caram putarent. Illi continuo exclamaverunt, carnem bubulam atque porcinam. Tunc ille non quidem edulitatem proposuit; sed iussit, ne quis suminatam occideret, ne quis lactantem, ne quis vaccam, ne quis damalionem; tantumque intra biennium vel prope annum porcinæ carnis fuit, & bubula, ut cum fuisset octominutalis libra, ad duo unumque utriusque carnis libra redigeretur. Scio esse, qui Duarenum hic vellicent, & ut superioris loci auctoritatem illi detrahant, pro edulitatem legendum velint [13] vilitatem: nempe pro imperio quod in mutandis & invertendis locis quoties visum est, sibi arrogarunt. Sed præterquam quod dici potest stultæ confidentiæ esse mutare receptas lectiones, ubi contra nihil probes: etiam hæc restitutio & scripturæ dissimilitudine, & contextu ipso satis refellitur. Nam quæso quid habet commune aut affine in literis edulitas cum vilitate, ut quis suspicari possit pro vilitate quod scriptum erat, errore repositum esse edulitatem? Quid, an non contextus ipse vilitatem aperte repudiat? Ait Lampridius Alexandrum edulitatem non proposuisse, Nihilominus verum est, si vilitatem reponimus. Nam si proponendi verbo intelligimus Alexandrum vilitatem non exhibuisse, falsum est; cum subiiciat Lampridius Alexandrum facto suo maximam vilitatem induxisse. Sin intelligimus eum non proposuisse, id est non ostentasse, & esse pollicitum vilitatem: ne hoc quidem verum esse satis indicat Lampridius, qui scribit quo tempore Alexander vilitatem non proposuit, eodem tempore eum iussisse, ne quis suminatam & reliqua animalia occideret. Quod plane certum indicium est eius, qui vilitatem quæ petebatur, si modo peteretur, vellet inducere. Deinde munera & spectacula, & largitiones a principe peti & proponi populo solitas legimus. Ubi autem vilitatem simpliciter peti, ubi vilitatem proponi alibi legimus? Res sic habet. Edulitatem petebat a principe populus Romanus, quæ est rerum edulium largitio. Hæc cum aptissime præberetur in iis rebus, quæ essent cariores, quo facilius populo suppeterent, ideo rogat Alexander, quam speciem caram putarent, ipse autem hoc cognito, non præbet edulitatem, sed pro edulitate vilitatem earum specierum, in quibus edulitatem peterent; quod multo plus est, & ad votum populi multo aptius, quam si semel edulitatem proposuisset. Id vero optima & ad id quod instituebatur convenientissima sententia dici apparet.

XI. Tertia caussa est, quæ adversus rempublicam compensationem non admittit ex *d. L. 3. C. de comp.* si quis quid debeat ex Calendario; id est ex caussa fœneraticiæ pecuniæ mutuo a republica acceptæ. Dicebatur enim calendarium veteribus liber, in quem fœneraticiæ pecuniæ referebantur, a calendis, ut iam inter eruditos omnes constare video, quod Romani usuras sibi stipulari solerent in singulas calendas. De quo scripsi ad *L. eius*, in pr. *D. si cer. pet.* Hinc calendarium [illegible] pro pecunia calendario contenta, id est pecunia fœneratitia accepta a republica, cuius illud calendarium est. In hac caussa ideo denegata compensatio adversus rempublicam, quia hæc ipsa pecunia, quæ ita a republica exercetur, publicarum pensitationum caussa esse solet; & præterea ideo exercetur, ut pecuniam publicam, in qua reipublicæ nervos esse prius diximus, & tueatur, & augeat; ut hic eadem æquitas compensationem non admittat.

XII. Quarta caussa est ex *d. L. 3.* si quis debitor sit alimentorum. Alimenta accipe, non quæ præstentur reipublicæ, quæ his non indiget: sed quæ respublica præstet egentibus. Quales sunt pecuniæ destinatæ ad alimoniam pauperum, in [14] prochotrophiis, orphanotrophiis, nosocomiis, xenodochiis, & similibus miserabilibus locis, quæ commemorantur in *L. pen. C. de sac. eccl.* Hæc caussa præcipuum favorem meretur, cum propter inopes, quibus propter egestatem quam maxime consultum esse oportet; tum propter ali-

13) Cuiac. 14. *Obs.* 13. quia edulitatis nomen Latinum non sit. Sed recte hic noster Lampridii locum explicat, apud quem id vocis retinent & Briss. 1. *Antiq.* 7. ac Marcell. Donat. *Dilucid. in Lamprid. p. m.* 956. licet hic velit edulitatem potius ibi esse esculentorum pretii moderamen ac diminutionem, quam eorum largitionem. Præferenda tamen in *d. L.* 17. ob auctoritatem Florentini exemplaris vox *ædilitatis*, id est cum in ædilitate esset, Cuiac. 2. *Obs.* 23. Neque enim quia Lampridius voce *edulitatis* bis usus, ideo & Papinianus illo multo tersior ac purior, Rob. 3. *Sent.* 26. Et sunt aliæ componendi dissidii rationes. Sic Cuiac. *d. C.* 23. & Pac. 4. *Q.* 74. distinguit inter curatorem rei frumentariæ, qui accipit pecuniam publicam ad annonam parandam, *d. L.* 10. & ædilem, qui ab eo redactam præbendam suscipit. Et Ræv. 3. *Var.* 17. annonæ præfectum, si in redemptione fraudem fecisset ærario, maiorem quam expenderat pecuniam in tabulas publicas referendo, peculatus lege teneri *L. 10. ad L. Iul. pecul.* nec compensationi locum esse *d. L.* 20. Expeditius M. Lyclama *d. Ecloga* 13. ædilem in *d. L.* 17 ex caussa arctioris annonæ præbitæ non esse debitorem fisci, sed hominum privatorum, quibus aliquid subduxit. Pro eo igitur quod illi, quibus arctius præbuit, ipsi debent, compensat, retinendo partem eam, quam non præbuit. Aliter Rob. *d. C.* 26.

14) Ita & noster *ad d. L. 3. C. h. n.* 11 vid. Briss. *Lib.* 2. *de Sol. C. de Comp. cir. fi.* Simile forte quod Rebuff. *Privil. Scholast.* 166 tradit, studioso non posse mercatorem pecunias a patre missas deferentem compensationem obiicere.

alimenta, quæ natura dilationem non ferunt. *arg. in L. 2. D. de fer. & dil.*

XIII. Quinta caussa est ex ea *L.* 3. Si quis debitor sit eius, repete pecuniæ ex præcedentibus, eius pecuniæ, inquam, quæ statutis sumptibus servit. Est autem pecunia huius generis, quæcunque destinata est ad solvenda stipendia iis, qui reipublicæ operam navant: ut militibus, ducibus belli, magistratibus, consiliariis, officiis magistratuum, professoribus liberalium artium in quaque civitate. Et hæc quoque caussa dilationem non admittit. Interest enim reipublicæ, ut qui ei dant operam, eam fidelem & promptam præstent. Quod respublica facile consequi non potest, nisi præsentem pecuniam & expeditam habeat, quam iis suo quamque tempore, & cum fide subministret.

XIV. Sexta caussa est in *ead. L.* 3. si quis fideicommissi civitatis debitor sit. In hanc speciem duæ caussæ concurrunt ad removendam compensationem adversus civitatem: & quod fideicommissum est, & quod relictum civitati. Fideicommissum a suprema voluntate est. Supremarum voluntatum tantus favor, ut putetur publice expedire eas primo quoque tempore exitum habere. *L. vel negare, D. quem. test. ap.* Sed hæc caussa etiam in privatis legatariis locum habet, neque ideo tamen compensationem excludit. Adde igitur alteram caussam, quod hic fideicommissum relictum est reipublicæ; cuius & ipsius ut publica caussa est, ita & præcipuam esse oportet. Hactenus *d. L.* 3. *C. de comp.*

XV. Sed his caussis septimam adiicere debemus, quæ refertur in *d. L. aufertur, §. ut debitoribus, de iur. fis.* si quid debeatur ex pretio rei a republica emptæ. Illic quidem de pretio rei a fisco emptæ scriptum est. Sed quæ fisco in hoc genere tribuuntur in *d. §. ut debitoribus*, apparet tributa esse & Reipublicæ seu civitati. *d. L.* 3. *C. de comp.* Si cætera, cur non & hoc, quod in eadem caussa cum superioribus habetur? Et hæc caussa ideo compensationem non habet, quia non solent res vendi a civitate, nisi ut re tradita statim pretium consequatur: non solet, nisi ideo, quia civitas pecunia egeat. Non eget autem, nisi ob easdem illas necessitates publicas, propter quas vectigalia & tributa superiorem favorem merentur.

XVI. Quæritur de fisco, an totidem in caussis non sit adversus eum compensationi locus. Esset inepta dubitatio, cum sit multo potior caussa fisci, quam civitatum quæ privatorum loco habentur; *L. eum qui, D. de verb. sign.* nisi dubitationem faceret *d. L. aufertur, §. ut debitoribus, de iur. fis.* ubi nominatim compensatio admittitur adversus fiscum, & quatuor tantum caussæ excipiuntur, tributorum, stipendiorum, pretii rei a fisco emptæ, & annonaria. Dici solet, & verum est, exceptionem confirmare regulam in casibus non exceptis. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa, D. de inst. & inst. leg.* Et sine dubio si ille locus solus esset, idem nunc probaremus, non pluribus in caussis, quam in illis quatuor compensationem adversus fiscum cessare. Sed quod ei loco deest, supplendum est ex *d. L.* 3. *C. de comp.* ubi diserte superiores caussæ comprehensæ sunt; in quibus omnibus denegatur compensatio: non quidem nominatim adversus fiscum, sed tamen adversus rempublicam. At hoc idem valet. Nam si rempublicam proprie accipimus, intelligemus rempublicam populi Romani, ad quem proprie publici appellatio refertur. *d. L. eum qui, D. de verb. signif.* Intelligemus igitur in republica ærarium, quod fuit olim populi Romani, & nunc fiscum, qui pro ærario dici cœpit fiscus in principe: sic tamen ut idem intelligatur esse populi, eoque & publicus: Ideo enim principis est, quia a se translatum, ut & reliquum imperium & potestatem suam populus in principem contulit. *L.* 1. in pr. *D. de const. princ.* Sin autem largius in *d. L.* 3. rempublicam accipimus pro qualibet civitate, ut verba extrema eius legis indicant faciendum esse; recte dicemus idem multo magis admittendum esse in fisco. Quod enim tribuitur civitatibus in supra scriptis caussis, ne compensatio adversus eos detur; eo fit, quia & in superioribus rebus civitati tuendis publica utilitas versatur. Utilitas autem publica maior in iisdem rebus ad fiscum pertinentibus; Multo igitur magis ob eamdem istam & maiorem utilitatem idem fisco tribuendum est.

XVII. Sed sciendum est adversus fiscum compensationem denegari non uno modo. Non enim denegatur tantum ex caussa, ex qua fiscus agit: quo in numero sunt caussæ superiores, de quibus satis; sed etiam ex persona eius, qui nomine fisci experitur. Quod accidit, cum una statione fisci agente de eo quod sibi debetur, debitor conventus pensare vult quod sibi debetur ab alia statione. Quidquid est, quod vel ab hac vel ab illa statione debetur, id verum est a fisco deberi. Et quodcumque est, quod quæque statio petit, id verum

verum est & fiscum petere; quia res fisci est, cui per suos administros res geritur: ut videatur dici debuisse, fisco per unam stationem agenti compensationem eius quod idem per aliam stationem debeat, obiici posse, si extra superiores caussas quid petatur. Placet tamen in caussa fiscali si quid ab una statione petatur, eius quod ab alia statione fisci debeatur, cessare compensationem: idque ius propter confusionem diversorum officiorum diligenter servandum esse. Sic rescriptum est in *L. 1. C. de comp.* Stationes fisci dicuntur loca in quoque territorio disposita ad accipiendos ministros fisci adhibitos ad res fisci in eo territorio administrandas: ut ad vectigalia, & portoria exigenda, ad pecunias fisci ibi exercendas, ad publica fisci locanda, ad res fiscales quæ ibi sunt, curandas, & si opus est distrahendas. Dictæ stationes, quia loca sunt, ubi ministri fisci consistant. μετωνυμικῶς statio pro ministris, qui alibi dicuntur proprie [15] stationarii, ut in *L. univers. C. de vect. & com.* similiter ut ministerium pro ministris in *L. 1. §. in publicum, D. de fugitiv.* officium pro officialibus in *L. cum sententiam, C. de sen. & interl.* Si ergo ponas, aliquem qui uni stationi debuerit centum in aliquo territorio ob res forte fisco venditas nec traditas, aut evictas, vel ob conductionem publicorum, quæ caussæ alioqui compensationem admittunt, eumdemque alii stationi fisci centum mutua dedisse: conventus a priore statione non poterit pensare, quod sibi ab alia statione debetur. Constitutum, ut dixi, propter confusionem diversorum officiorum, ut est in *d. L. 1. C. de comp.* idest ut bene Accursius interpretatur, non propter confusionem officiorum, quæ fit in stationibus, alioqui non dicerentur officia diversa: sed propter confusionem futuram, ne incidat: & breviter ut vitetur confusio diversorum officiorum, quæ alioqui secutura est, si admittetur compensatio eius quod ab alia statione debetur. Sic enim futurum est, ut quod uni debetur, id alia usurpet, dum in suum debitum convertit liberata compensatione. Confundi autem hæc officia ideo non debent; primum quod isto modo stationes singulæ onerantur, imponitur enim eo modo singulis cura earum rerum, quæ ad alias stationes pertinent; dum coguntur in ea quæ aliæ debent inquirere, ut scire possint, debeantne hic denegare compensationem, an admittere. Deinde quod [16] no-

Tom. IV.

cetur iis stationibus, quibus debetur: quarum interest pecuniam sibi & suo facto contractam accipere, ut possint acceptam pro officio recte tractare, & de ea pro eodem officio rationem reddere.

XVIII. Non idem placuit in pluribus stationibus tutorum, divisa inter eos tutelæ administratione, ut est responsum Papiniani paulo obscurius in *L. inter, D. de adm. tut.* Ut puta, duo tutores pupillo dati sunt: divisa inter eos tutela est vel testamento patris, vel a prætore, ita ut uni mandaretur administratio rerum Italicarum, alteri rerum provincialium. Convenitur aliquis debitor a tutore provinciali, cum quo forte contractum sit in provincia. Debitor cui tantumdem debetur a tutore Italico; eam pecuniam sibi ab illa statione debitam pensare vult. Placet id ei facere licere: quia, inquit Papinianus, *æquitas quæ merum & certum ius compensationis inducit, propter officium & personam agentis tutoris non differtur:* id est quia æquitas compensationis hoc exigit, ut uno tutore ex sua administratione quid petente, propter eius disiunctum officium & personam non denegetur compensatio debitori, etsi ex alterius tutoris qui vicissim debeat, persona, compensatio opponatur.

XIX. Obiiciet hic aliquis exemplum fisci, in cuius caussa compensatio eius quod ab alia statione debetur, non conceditur. Occurrit huic obiectioni tacitæ Papinianus, innuens dissimiles hic esse officiorum divisiones. *Nam divisio tutelæ*, inquit, *quæ non iuris, sed iurisdictionis est, modum administrationi facit.* Divisio tutelæ inter plures tutores pupillo datos non est iuris, id est non constituitur iure ipso, sed tutela iure in omnibus indivisa est. Quotcumque enim tutores sunt, & quantumcumque inter eos divisa tutelæ administratio, nihilominus singuli in solidum tutores sunt, pertinetque ad eorum officium videre quam fideliter alii in sua administratione se gerunt, ut si per dolum & culpam suspectum non removerunt, aut suspicionis caussam moverunt tardius, damnum si quod ex ea re est, pupillo præstent. *L. 2. C. de divis. tut.* Est ergo divisio tutelæ iurisdictionis: id est permissu magistratus tributa pro eius iurisdictione, non iure constituta. Quod si ita est, ea divisio modum facit administrationi: intellige administrationi soli, non autem tutelæ, quæ & post divisionem admini-

Hhh

15) Sic & in *L. 1. C. Ne fisc. rem quam vend. Lib. 10. tit. 5. ubi* Cuiac. *&* 2. *Obs.* 40. Donell. *ad d. L. 1. C. h. t. n.* 4. Gothof. *ibid.*

16) Adde quod periculum fisci versetur. Nam si illa statio quæ debet ignoret compensationem cum alia statione, facile iterum solvet, Donell. *ad d. L. 1. n.* 4.

miniſtrationis manet indiviſa. Modum facit, id eſt ponit menſuram, ultra quam adminiſtratio non excedat, tametſi officium ipſum tutelæ in ſingulis totam tutelam complectitur. Hæc rurſum ſi ita ſunt, recte colligit Papinianus uno ex tutoribus agente, non debere ſuperiorem diviſionem debitori cum pupillo experiri volenti obſtare: id eſt, non debere illi obſtare, quominus ex alterius tutoris perſona opponat compenſationem: quia ita opponendo experiatur non cum tutore, ſed cum pupillo ipſo, a quo & ſub perſona agentis tutoris convenitur; & ſi apertius dicendum eſt, quia debitum quod penſare vult debitor, non ſolum eſt eiuſdem pecuniæ, ſed unius & eiuſdem tutelæ iure indiviſæ. Non mirum igitur, ſi in fiſci ſtationibus aliud ius receptum eſt, in quibus adminiſtratio iure ipſo diviſa eſt. Sunt enim ſingularum ſtationum diverſa & diſtincta officia iam ab initio ita conſtituta, quæ ideo confundi non oportet. Accedit eo cauſſa publica fiſci, quæ in pupillo etsi favorabilis, ſemper tamen privata eſt. Atque hæc dicta ſunt de perſonis eorum, quibus & adverſus quos compenſatio admittitur, aut non admittitur.

XX. Non minus res in compenſatione verſantur, & ad Ius eius pertinent. Res ad compenſationem pertinentes ſunt duæ; res quæ petitur a creditore cui compenſatio obiicitur, & res quæ a debitore penſatur. Huius generis res non omnes admittunt compenſationem, ſed certæ tantum, & in ſumma tantum pecunia & quantitas utrimque debita. *L. 4. C. de comp.* Sed hoc plura deſiderat in ſingulis, de quibus diſtincte cognoſcendum eſt. Et ſi quæritur de re petita, hanc ut dixi, ad compenſationem pecuniam eſſe oportet, vel ut petatur iam ab initio, vel ut alia re petita æſtimatio & pecunia præſtari debere incipiat. Species ſi petita erit, & eadem præſtanda, quidquid eidem debitori debebitur vice mutua, ſive alia ſpecies, ſive pecunia, quæ eamdem æſtimationem efficiat, compenſationi locus [17] non erit; quia pecunia petita non ſit, nec ſit præſtanda. Et merito. Nam qui pro ſpecie a ſe petita vult penſare aliam ſpeciem, aut pecuniam ſibi debitam, aperte poſtulat aliud pro alio penſare, id eſt ſolvere. Atqui ius non concedit aliud pro alio ſolvi invito creditore ne in vera quidem ſolutione & præſtatione pecuniæ. *L. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.* Multo igitur minus recipiendum eſt in compenſatione, quæ imago tantum eſt veræ ſolutionis. Adde, quod qui ſpecie petita aliam ſpeciem penſare vult, poſtulat ſpeciem cum ſpecie permutare; & qui pro ſpecie petita penſare vult pecuniam, poſtulat eam ſpeciem ſibi vendi. Atqui contractus hi ſunt, permutare, vendere; & certi iuris eſt neminem cogi quidquam contrahere, cum omnes contractus ſint voluntatis & conſenſus ab initio, non neceſſitatis. *L. nec emere, C. de iur. del. L. ſicut, C. de obl. & act.* Hinc natum reſponſum Scævolæ in *L. ſi debeas, D. de comp.* ut ſi debeas decem aut hominem utrum adverſarius idemque ſtipulator volet, non poſſis huius debiti petitioni compenſationem obiicere prius quam adverſarius dixerit, utrum vellet. Rationem reſponſi recte Accurſius hanc accepit, quod ſtipulator poteſt poſtea eligere hominem, id eſt ſpeciem certam, cum qua penſare non poſſis ne pecuniam quidem tibi ab eodem creditore debitam. Sed cum proponatur is ſtipulator, cuius electio ſit, utrum petat; quomodo potuit ex ea ſtipulatione agere, & agenti compenſatio opponi, niſi prius dixerit, utrum vellet? Potuit iure ſuo non ſtatim uti, ſed iudicio decem aut hominem diſiunctim petere. Unde quæſtio, ſi huic petitioni opponatur compenſatio, an ſit admittenda. Sentit Scævola prius conſtare debere, utrum [18] pecuniam velit, an hominem; ſcilicet ut ſi pecunia eligitur, compenſatio admittatur, ſi homo, compenſatio denegetur, ut diximus.

XXI. Quod ergo legimus in actionibus in rem, in quibus certam ſpeciem vindicari conſtat: item in actionibus in perſonam, quarum innumeris aut ſpecies repetitur ut commodata, locata, aut promiſſa venditave petitur; in his, inquam, omnibus compenſationi locum eſſe, ut *L. ult. C. de comp. L. fructus, §. ob donationes, D. ſol mat.* & ſimilibus locis:
omne

17) Donell. noſter *ad L. 4. C. hoc tit. n. 3. & ad L. ult. n. 2. & ad §. 30 I. de act. n. 13.* quia non poteſt dici æqua præſtatio ac tantundem reddi niſi cum res quantitate conſtantes eadem quantitate redduntur, vel mutuo imputantur. Et hæc interpretum communi conſenſu recepta ſententia, teſte Mercer. 1. *Opin.* 14. probata *L. 18. pr. de pig. act.* Paul. 2. *Sent.* 5. § 5 Compenſatio ex pari ſpecie admittitur, id eſt quæ in ſuo genere alterius vicem præſtat, eandemque æſtimationem habet, Briſſ. *Lib. 2. de Sel. C. de Compenſ. p.* 425. add. Forner. 2. *Select.* 14. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 8. Buſ. 3. *Subtilit.* 4. Coppel. *hoc tit. Cap.* 5. Diſſ. Duarenus *de Commodato Cap.* 6. *& hoc tit. Cap.* 2. *& ad L.* 7. §. 5. *Sol. matr.*

18) Non utroque caſu ibi compenſatio locum habet, ut vult Duar. *d. L.* ſed in ancipiti eſt utrum poſſit opponi, donec electio facta, alias fruſtra requiritur ut eligat adverſarius, Mercer. 1. *Opin.* 14.

omne id sic accipiendum est, si in his actionibus agatur adversus eum, qui re perempta, amissave, aut per contumaciam non restituta teneatur ad eius rei [19] æstimationem, qualis præstatio & condemnatio indicatur in *L. qui restituere*, *D. de rei vind. L. in re*, *D. de cond. furt.* de quo disserui pluribus ad *§. in bonæ*, *Inst. de act.* in extremo.

XXII. De re quæ [20] pensatur, videamus. Hæc ex adverso huiusmodi esse debet, ut recte vocetur in compensationem: pecunia debita ei qui utitur compensatione, ab eo cui compensatio obiicitur. Sic enim fit, ut pecunia sit utrimque & invicem debita; quod ad compensationem exigitur in *d. L.* 4. *C. de comp.* Hac descriptione observari potest quatuor contineri, quæ totidem intelligi volo necessaria esse debitori ad crediti sui pensationem. Quæ & nos numero proposita, eodem ordine sigillatim expendemus. Primum est ut sit pecunia, quæ pensatur. Secundum, ut sit debita. Tertium, ut debita ei, qui compensatione utitur, non alii. Quartum, ut sit debita ab eo ipso creditore, cui compensatio obiicitur, non ab alio. Primum ergo exigimus, ut sit pecunia & quantitas quæ vocatur in pensationem, hoc diserte in *d. L.* 4. *C. de compens.* Si quis ergo quamvis pecunia petita, non tamen compensare invicem velit pecuniam, sed speciem aliquam sibi ab actore debitam, licet eiusdem æstimationis, non admittetur compensatio. Et in summa, ut pecuniæ cum specie petita; sic speciei cum pecunia petita, nulla compensatio est. Quod posterius iisdem rationibus efficitur, quibus & illud superius. Nam qui pro pecunia speciem pensare vult, is offert aliud pro alio; & præterea postulat vendere speciem suam pro pecunia a se petita, ut sic actor cogatur eam rem emere. Iam dixi neque aliud pro alio invito creditore solvi posse, nec quemquam invitum cogi emere aut alio modo cum quoquam contrahere. *d.*

L. 2. *§.* 1. *si cer. pet. d. L. nec emere*, *C. de inr. del. d. L. sicut. C. de oblig. & act.* In quam sententiam nos plura ad *d. §. in bonæ*, *Inst. de act.*

XXIII. Secundum exigimus, ut pecunia quæ pensatur sit debita: ut sit compensatio id quod dicitur, debiti & crediti contributio. Debitam pecuniam hic accipere debemus, ut est usus iuris, quæ aut iure exigi potest, aut natura tantum debetur. Et eam quidem, quæ iure civili, & actione in eam rem proposita potest exigi, nemo negat vere esse debitam, & in compensationem deduci posse. At quid si exigi tantum possit iure prætorio, & eo nomine quod quis debeat ex contractu alieno, non suo? qualis est, quæ ex contractu filiorum servorumve peti potest a patre dominove actione de peculio: sed satis est pecuniam exigi posse. Quocunque iure, & quacunque actione id fiat, eam vere debitam dixeris: si modo recte definitur debitor is, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verbor. significat.* Ideo & omnem hanc pecuniam quæ ex contractu servi aut filiifamilias debetur, adversus dominum & patrem his agentibus in compensationem venire placet ad finem modumque peculii, ad cuius scilicet quantitatem conveniri illi possunt actione de peculio. *L. debitor*, *D. de compens.* Nisi tamen dominus ex contractu servi, pater ex contractu filii agat: quo casu iidem ex eodem contractu in solidum tenentur. Probat enim emptionem servi, qui ex ea agit, & qui probat, tamquam qui iubet, in solidum tenentur. *L. si cum filiofamilias*, *D. eod. L. cum fundus*, *§.* 1. *D. si cert. petat. L. si servus*, *D. de ædil. edict.* Quinimo etsi qua pecunia non proficiscatur ex obligatione, nec principaliter peti possit, sed tantum ex officio iudicis accedat: placet nihilominus, quia exigi potest aliquo modo, hactenus debitam videri, eoque & pensari posse: quale est, quanti mea interfuit certo loco pecuniam dari, quæ

19) Omnes actiones hodie compensationem admittunt *L. ult. C. hoc tit.* scilicet conditione sua, si nihil aliud impediat, personæ debitorum vel res debita, Donell. *ad §.* 30. *I. de act. n.* 12. *&* *ad L. ult. Cod. h. n.* 2. Sed & in Commodati act. iisdem conditionibus compensationi locus est, si re amissa vel deteriorata in æstimationem aut pecuniam reus condemnandus, Donell. *in d. §.* 30. *n.* 10. Harprecht. *ibid. n.* 10. Pac. 4. Q. 44. licet in ipso commodato, quatenus pro re commodata accipitur, locus nunquam sit, M. Lycklama *Studios. Iur. Volu.* 3. *Quæst.* 20. *p.* 140. Atque sic *L. ultim.* accip. *C. de Commod.* quod res ipsa commodata pro pecunia debita iure compensationis retineri nequeat, Donell. *d. n* 10. tum quia in species illa non cadit, tum quia res commodata in dominio potius est actoris *L.* 8. *& seq. Comm.* quam ipsi debita Pac. 4. Q. 44. Nec concedendum Cuiac. *ad* 2. *Sent. Pauli* 12. *&* 9. *Obs.* 37. constitutionem eam corruptam in Triboniani manus incidisse, cum *commendati* legere debuerit, & ideo eam, & alieno loco positam & mendosam reiectam, Quem licet sequantur Borch. *de Usur. Cap.* 3. *n.* 17. & Bus 5. *Subtil.* 16. *ac ad L.* 18. *§. ult. Commod. n* 5. iustius notant Fornet. 2. *Select.* 14. Hoto n. 1. *Amicab.* 21. Doneil. noster *ad d. L. ultim. n.* 3 Mercer. 1. *Opin.* 14. Lycklama *d. Quæst.* 20.

20) Quid si ex una parte quantitas simpliciter, ex altera ea quæ ad instar speciei se habet vel certum corpus nummorum designatum ex. gr. 100. quæ in arca habeo debeantur? Facuin. 1. *Contr.* 6. compensationem negat. Contrarium verius puto & quia eadem omnino æquitatis ratio huius iuris caussa *L.* 3. *h. t.* nec iure ita obtinente depositum excipere necesse, in quo eadem nummorum corpora reddenda. Quas rationes Fachineus satis non elidit.

alio loco a me petitur. *L. pecuniam, D. de compensf.* Quæ si omnia in compensationem deduci possunt, tunc cum prius de his iudicio agi non cœpit: poterit & tunc, & quidem multo magis, cum de his antea cum actore agi cœpisset, & lis esset cum eo contestata: tametsi actor litigando de bis controversiam faceret, quasi non deberentur. Sententia est Caii in *L. in compensationem, D.* de comp. *ne*, inquit, *diligentior quisque deterioris conditionis habeatur* litem contestando, *si compensatio ei denegetur*. Hoc ille ex regula iuris. Neminem persequendo & litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerunque meliorem. *L. non solet, L. nemo enim, D. de reg. iur.* Sed in his omnibus minus mirum est pecuniam dici debitam, & in compensationem deduci, cum possit exigi etiam ab invito. Nos autem amplius dicimus, etsi quid peti non potest, si vel natura [21] debetur, etiam venire in compensationem. *L. etiam, D. de comp.* Ut, si a me decem petas, recte tecum pensabo alia decem quæ mihi pacto promiseris: etsi ex pacto naturaliter tantum es obligatus. *L. 5. §. Imperator, D. de sol.*

XXIV. Illud debitum ad compensationem non pertinet, uti nec vere debitum est, quod iure civili summo debitum removeri potest per exceptionem. Idque est, quod dicitur, quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non venire. *L. quæcunque D. de comp.* Ut, si mihi vere debueris decem, de quibus pactus sim ne peterem, aut iudicio sis absolutus, aut me deferente iuraveris te non debere, quibus nominibus tibi sunt exceptiones pacti, rei iudicatæ, iurisiurandi; ea tecum pensare non possum, etsi iure civili summo adhuc debeas: idque propter exceptionem, qua actio iure constituta removetur. *Inst. de exc.* Quippe, ut in hoc genere civilis obligationis supra docuimus, quod ita debetur, nullo iure debetur re vera. *L. 3. §. 1. D. de pec. const.* Non iure civili, quia non est actio, quæ effectum non habet: non habet autem, quæ exceptione summovetur. Non natura; quia non est æquum id præstari: argumentoque est exceptio, quæ ideo comparata est, quia iniqua est petitio. *Instit. de exc.* in princ. & deinceps. Sed quodcunque debitum volumus venire in compensationem, placet tale esse debere ut sit præsens non in diem.

XXV. Quod in diem debetur, compensari non potest antequam dies venerit. *L. quod in diem, D. de comp.* At enim in diem debitum, etiam ante diem deberi constanter traditum est a veteribus. *L. cedere, D. de verbor. significat. L. in diem, D. de cond. indeb.* quinimo & ante diem dari oportere scriptum est in *d. L. quod in diem, de comp.* Et ne id sine effectu dici putemus, qui creditori profit, placet in diem debitorem ita debitorem esse, ut ante diem solutum repetere non possit. *d. L. in diem, de cond. indeb.* Sed nihil horum facit, ut ante diem admitti debeat eius crediti compensatio. Quod enim dicitur in diem debitum etiam ante diem deberi, hactenus verum est, ut debeatur si debitor velit, & ultro præstet, quod interim debetur. Invito eo non debetur. Est enim dies pro debitore: proinde eiusmodi, ut liberum quidem sit totum medium tempus debitori ad solvendum; at non ita, ut commodum & interusurium eius temporis invito possit auferri. *L. cum qui Calendis, § ult. D. de verb. oblig. L. quod certa. D. de solut. §. plus autem*, vers. *tempore, Inst. de action.* Cur ergo valet id debitum ad retentionem interim soluti; ad compensationem non valet? In promptu ratio est: quia qui ante diem solvit, volenti solvit: quod recte fit, valetque ad solutionem debiti. Cui autem compensatio obiicitur ante diem, invito obiicitur, postulaturque ab eo, ut id debitum pro pensato habeat, quo & ipse mutuo debito liberetur. Quod nihil aliud est, quam petere ab invito, ut ante diem solvat, cum pensatio habeatur pro solutione. Hoc autem exigere ante diem non licet.

XXVI. Sed sciamus de die obligationi adiecto hoc dictum esse: ad diem iudicatis datum non pertinet. Ut puta: qui mihi in decem condemnatus erat, & acceperat constitutum iudicatis ad solvendum tempus, is intra id tempus a me petit decem, vere illi debita. Iure pensabo illa decem, quæ mihi ex caussa iudicati debet, tametsi iudicati dies nondum exierit. Hoc Papinianus in *L. cum militi, §. 1. D. de compensat.* quia, inquit, hic dies obligationis dies non est, sed humanitatis gratia tempus indultum solutionis. Quo significat in tempore iudicati nihilominus præsentem esse obligationem, & præsens debitum: ut mirum non sit, si id debitum, uti

[21]) Ergo si pater filio in potestate mutuo dederit & sic naturaliter obligaverit; ac is postea emancipatus credendo patrem civiliter obliget, compensatio dabitur, Don. *ad L. 4. C. h. n. 3.*

uti & alia præsentia, profit debitori ad compensationem: argumento esse, quod tempus solutioni indulgetur humanitatis gratia; dum scilicet id agitur, ut condemnato, conventoque, & de pecunia expedienda laboranti succurratur ad eam conficiendam. Nulla autem esset humanitas solutionis dilationem dare ei, qui eam obligationis iure quæsitam sibi haberet: cum hoc ipsum iuris ratio exigeret.

XXVII. Sed huic rationi Papiniani, ac proinde universæ superiori sententiæ obstat, quod traditur regula iuris, Indultum a iure beneficium non esse alicui auferendum. *Cap. indultum, de regul. iur. in 6.* Esto enim, dies iudicatis datus non sit obligationis: at certe beneficium est indicatis a lege indultum. *L. 2. L. intra, D. de re iudic. L. ultim. §. ult. C. de usur. rei iud.* Quo fit, ut ne hoc quidem iudicato sit auferendum. Ego autem totum id recte dici & colligi concedo. Nego ideo superiori sententiæ adversari. Etenim cum condemnato qui intra tempora iudicati agit, obiicitur compensatio, non ideo aufertur ei beneficium dilationis illi indultum; quia agenti non indulgetur, sed iudicati actione convento. Est enim omnino hæc caussa dilationis, quod condemnatus solvere debet, eoque nomine nunc convenitur; humanum est autem laboranti reo succurri, ut sit ei aliquod tempus idoneum ad comparandam pecuniam, ne hac non inventa, quod statim difficile est, de rebus suis periclitari cogatur. Hæc caussa cum sit beneficii, apparet ei agenti, & ultro adversarium lite pulsanti idem beneficium non indulgeri. Non enim idem favor est actoris, qui rei. Reus laborat non suo facto, sed ab alio pulsatus, cui respondere cogitur. Naturalis est autem pro laborantibus favor, ut Quinctilianus scripsit: in eoque est illa humanitas, quam dixi. Actor vero alium petit, & volens, non ulla necessitate iudicii coactus, cum sit in eius potestate non agere. *C. ut nemo ag. vel accusa. cogatur. L. qui in alterius, D. de regul. iur.* Neque aliena pulsatio adiuvanda est, neque excusationem quisquam meretur in eo facto, cuius necessitatem sibi imposuit. *L. si fideiussor, §. penult. D. qui satisd. cog. L. 2. §. si quis tamen, D. si quis caut.* Unde merito dictum est, favorabiliores esse reos quam actores. *L. favorabiliores, D. de regul. iur.* Porro in beneficiis tribuendis hæc definitio iuris certi tenenda est, quoties caussa aliqua, aut persona locum facit beneficio, ibi caussa aut persona deficiente beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur, D. de regul. iur.* Quod si condemnato agenti hoc beneficium temporis iure non datur, non potest dici per compensationem ei auferri, quod ante non habuit. *L. non videtur rem, D. de reg. iur.*

XXVIII. Tertium exigimus in pecunia quæ pensatur, ut sit debita ei, qui pensatione utitur, non alii. Eius quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest, ut est definitio *L. eius, C. de compensat.* Quod non ita dicitur, quasi quisquam obiicere non possit compensationem eius pecuniæ, quæ alii debetur, invito eo; quod certe dubitationem non habet, cum nemo possit quidquam detrahere alterius obligationi. *L. filius, L. debitorum, C. de pact.* sed ut ne possit obiicere etiam volente eo, cui pecunia ab eodem creditore debetur. Itaque quamvis creditor actoris exsistat, qui pro eo qui convenitur, velit pensare quod sibi ab eodem actore debetur, iuste creditor hanc compensationem recusabit. *L. in rem, §. 1. D. eod.* Nec quisquam hic moveatur exemplo solutionis. Potest quidem quivis pro debitore solvere & ignorante & invito: *L. solvere, D. de solut.* & compensatio pro solutione esse dicitur. *L. 4. C. de comp.* sed compensatio aliis in rebus pro solutione recte habeatur invito creditore: in hac re non habetur, ut nec in aliis partibus, quæ compensationem non admittunt. Nec iniuria. Compensatio enim ut maxime habeatur pro solutione: non est tamen vere solutio; ut non debeat pro solutione admitti, si quid sit vel minimum, quod debitori obiici possit, cur non videatur ipse solvere, quod sit, si quid offerat, quod non ipsi debeatur, sed alii. Et certe inter naturalem alterius numerationem, & compensationem ex persona alterius obiectam multum ad utilitatem creditoris interest: nam creditor cui pecunia numeratur, accipit: cui pecunia pensatur, nihil accipit.

XXIX. Plane si cum filiofamilias contracta sit, exempli gratia, societas, & eo nomine cum filiofamilias socius agat: recte filius pensabit, quæ patri ex ea caussa debentur: quia & unus contractus est, & si quid hic debetur patri, perinde habendum est, quasi deberetur filio; quia ipse contraxit, & per eum quæsitum est patri. Solum hoc exigetur a filio in hac compensatione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum, quod filius pensaverit. Hoc Paulus ad hanc sententiam in *L. si cum filiofamilias* in fin. *D. de comp.*

XXX.

XXX. Non videtur procurator in rem suam datus compensationem obiicere eius quod non sibi, sed alii debetur, si obiiciat compensationem eius pecuniæ, cuius actiones illi cessæ sunt. Etsi enim ea pecunia debetur adhuc veteri creditori directis actionibus: tamen debetur magis huic procuratori propter utiles actiones in eum translatas; in quibus ipse domino [22] præfertur. *L. procuratore in rem, D. de proc.* Bene igitur Papinianus respondit, procuratorem in rem suam datum post litis contestationem (quo maxime tempore dominus litis efficitur. *L. procuratoribus. L. nulla. C. de proc.*) si vice mutua conveniatur, æquitate compensationis uti posse. *L. in rem*, in pr. *D. de comp.* compensationem intellige eius pecuniæ, cuius nomine tanquam procurator agit. Id autem dicit, cum posset in proposito dubitari, num videretur procurator idemque debitor obiicere compensationem eius pecuniæ, quæ domino, id est alii non ipsi deberetur. Quod hic non fieri ostendimus.

XXXI. Quartum exigimus, ut pecunia debita sit ab eo creditore; cui compensatio obiicitur. Volumus enim ei pecuniam solvi, & ut nunc loquimur ei pensari. Absurdum sit in compensatione pecuniam alii solvi & pensari quam ei a quo compensatione liberari volumus. Et ideo si duo sint heredes, ex quibus unus decem a me petat, quæ ei debeo, non recte pensabo quod mihi debetur, licet debeatur ab eius coherede. *L. cum heredi, D. de comp.* Hac de caussa responsum est, si tutor pupilli nomine quid petat, non posse ei compensationem obiici eius pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adversario debeat. *L. penultim. D. de compens.* Quippe tutore agente, nomine pupilli, pupillus est proprie qui agit, non tutor: ut proinde non possit hic pensari quod adversario debetur ab alio, quam a pupillo. Sit igitur hoc iam constitutum, non alius rei compensationem posse obiici, quam pecuniæ, & eius quæ debita sit ei unde petitur, ab eo cui compensatio obiicitur. Dum autem eiusmodi pecunia sit, eam recte in compensationem deduci.

XXXII. Quid tamen si pars tantum debeatur eius quod petitur? Non immerito hoc loco quæretur; an pro ea parte obiecta compensatio admittenda sit, an vero tantum ad compensationem offerri oporteat, quantum debetur, id est totum. Exempli gratia petis a me centum quæ debeo: debes mihi vicissim quinquaginta. Possumne horum quinquaginta compensationem tibi obiicere, ut liberer in quinquaginta compensationis iure, & sola quinquaginta maneant in obligatione: an vero nihil agitur, nisi & centum mihi debeas, quorum compensationem tibi obiiciam? Movet quæstionem exemplum solutionis. Docuimus enim supra partis solutionem non admitti invito creditore. *L. obsignatione, C. de solutionib. L. tutor, §. Lucius, D. de usur.* Atqui compensatio non alia de caussa valet, quam quod pro solutione est. *L. 4. C. de compensat.* Esto igitur & in compensatione ius idem, ne & hæc obiecta pro parte admittatur. Sed placuit admitti: nimirum ut qui centum debet, si ei debeantur tantum quinquaginta, compensatio fiat usque ad concurrentes utrimque quantitates, id est quinquaginta, & pro his solis liberatio nascatur. *L. 4. C. de com. L. cum alter. L. debitor, D. de compensat.* Et recte, neque hoc dissimiliter a vera solutione. Nam & cum accipienti creditori pars solvitur, pro ea parte liberatio contingit. *L. 9. §. 1. D. de solutionib.* atqui & in compensatione hoc evenit, ut si pars tantum debeatur a creditore, quam debitor illi pensare velit, sit iam ea pars apud creditorem, quam cum volens retineat, perinde sit, quasi & volens eam acceperit. Facit igitur exemplum, ut pro ea parte quæ iam apud eum est debitor debeat liberari. Et quod dicitur partis solutionem non admitti invito creditore, de eo dicitur, quod creditor nondum accepit, & oblatum accipere recusat.

XXXIII. Hæc de rebus ad compensationem pertinentibus, dum hoc quæritur, quæ admittant compensationem aut non admittant. Superest obiiciendæ compensationis tempus, quod & ipsum certum constitutum est constitutione Iustiniani, *L. ult. C. de comp.* inducta in eam rem hac distinctione. Cum quæritur, quo tempore obiici possit compensatio, refert, utrum caussa ex qua compensatur, seu compensatio obiicitur liquida sit, an non sit: quæ verba sunt eius *L. ult.* vel ut idem expressit in *§. in bonæ, Inst. de act.* refert, utrum ea caussa iure aperto nitatur an vero non nitatur. Si caussa obiectæ compensationis liquida est, licet,

22) Vid. Don. *ad L. 9. C. h. t.* Briss. *Lib. 2. de Sol. de Compens. p.* 421. Cuiac. 24. *Obs.* 37. A. Fab. 12. *Conj.* 6. Leonh. Coppel. *de Comp. C.* 3. *n.* 10. *& seqq.*

licet, ut olim, quovis tempore compensationem opponere, id est, non tantum tempore litis contestatæ, ut exceptiones solent: sed quovis tempore ante rem iudicatam, quanvis ante sit omissa: quinimmo & post rem iudicatam. Sic enim & olim ius erat, ut qui iudicati convenitur, eo ipso momento quo petitur exsecutio rei iudicatæ, posset compensationem implorare. *L. 2. C. de comp.* Quod ius non mutat Iustinianus, si ex caussa liquida compensatio postuletur. Et recte hoc & nunc, & olim. Nam idem fieret, si constaret debitorem vere solvisse: semper enim solutione liberatus recte negaret se debere id, in quod condemnatus est. Compensatio autem pro soluto est.

XXXIV. Quod si caussa ex qua pensatur, liquida non est, concessit Iustinianus compensationem obiici non tantum initio in lite [23] contestanda, sed & postea, dum tamen prius quam adversarius probarit sibi deberi. Re autem ab illo approbata, non admisit. In quo ius ab illo inductum est novum. Nam cum antea compensatio haberetur pro soluto ipso iure, liceat autem quovis tempore obiicere solutionem, & aliam quanvis liberationem ipso iure partam: id negavit compensationi, si ex caussa non liquida obiiceretur: quo scilicet frustrationibus debitorum, & moratoriis ambagibus, qui sæpe quæsito prætextu mutui debiti incerti, moras nectunt, occurreret, ut ipse testatur in constitutione sua. In quo cum concesserit initio saltem uti exceptione compensationis, quanvis ex caussa non liquida; id sic accipiemus, ut exceptione compensationis initio opposita, in eo iure reliquarum exceptionum utamur: scilicet, ut eum adversarius probaverit sibi debeuri, liceat debitori redire ad compensationis exceptionem, & ad eam probandam, quantumcunque non sit liquida admittatur. Hoc ius in cæteris omnibus exceptionibus initio contestatis receptum est. *L. si quidem, L. præscriptionem, C. de exc.* Multo magis recipiendum in compensatione, quæ plus tribuit debitori ad liberationem, quam cæteræ exceptiones.

XXXV. Caussa ex qua compensatio obiicitur, liquida [24] est, sive iure aperto nititur, quæ & iusta est debendi caussa, & vera, & talem esse constat, aut cito & facile probari potest. Iusta caussa est debiti, si qua est ex iis caussis ex quibus obligatio nascitur; ut si quid dicatur vicissim deberi ex caussa mutui, venditi, legati. Vera est, quæ talis est, ut dicitur. Sed ut talem esse constet, exigimus, aut ut possit postea facile iudici probari. Sic enim Iustinianus in *d. L. ult.* liquidam interpretatur, quæ possit iudici facilem exitum sui præstare. Talem esse constabit in præsentia, si adversarius confiteatur: fit enim res certa & minime controversa eius confessione. *L. si quidem, C. de except. L. ult. C. quib. ad lib. proclam. non licet.* Facile iudici probari posse eam accipiemus, quæ vel hodie probari potest: cuiusmodi probatio ut expeditissima etiam in caussis omnem alioqui moram repudiantibus recepta est: *L. 3. in pr. D. ut in poss. leg.* aut potest non sine mora, sed tamen sine ea, quæ adversario damnosa sit. Huiusmodi probatio est, quæ transigatur intra tempus quod debitori datum sit ad solvendum. Hinc est, quod dicitur, qui compensationem opponit fisco, intra [25] duos menses debitum sibi docere debere. *L. aufertur, §. qui compensationem, D. de iur. fisc.* Cur enim intra duos

23) Quod si in lite contestanda obiecta, vult Don. *ad L. ult. C. h. t. n 9. & ad §. 30. I. de act. n. 9.* non tantum compensationem eo casu admitti, quo obiiciens bonam fidem agnovit, quia tum actor in uno relevatus, ab onere probandi, in altero gravari debeat, ut interpretes vulgo, sed etiamsi initio inficiatus sit debitum (1) quia reiicitur in *d. L. ult.* sub conditione, si post multa certamina pars iam pene convicta. Ergo ea cessante recipitur (2) per verba: *iure stricto utentes*. Stricti iuris ratio hæc ut exceptio initio non contestata, deinde opponi nequeat, antea autem contestata quandocunque possit. (3) Iure veteri non dubium, quin ita fuerit. At id tantum mutatur, ut compensatio minuat ipso iure actionem si aperto iure nitatur. Ergo si non aperto, &c. non minuit quidem ipso iure, opponi tamen potest per exceptionem (4) Si alia exceptione debitor utatur, dandum ei spacium ad probandum. Ergo & si hæc quæ iustissima. (5) Negans se debere, & dicens tamen si debet solvisse, auditur, etsi solutio non liquida *L. 4. C. de prob.* Ergo, quia hæc vice solutionis, A. Fab. *ad L. 3. §. 4. de neg. gest.* Olim cuiuscunque debiti ad quodcunque, sive liquidum sive non, compensatio *d. §. 4.* (quod & probat noster *ad §. 30. I. de act. n. 7.* quia si ipso iure liberat, ut solutio, utique actio sublata, & tantum eo res redit ut solutio probetur) Postea *L. ult. C. h. t.* liquidi ad liquidum obiici potest, non autem liquidi ad non liquidum. Quod si ex utraque parte liquidandum quid & quantum debeatur, nil vetare, ait, etiam hodie obiici *L. 8. §. 2. de neg. gest.*

24) Vulgo liquidum esse, de quo apparet quid, quale, quantum sit, per *L. certum 6. de reb. cred. L. 75 de V. O. L. 5. §. 1. Quibus ex Caus. in poss. eat.* Ut & de quantitate constet & de caussa obligationis, Io Koppen *Q. 34.* seu de iustitia caussæ & veritate, Don *ad d. §. 30 n 8.* qui *& ad L. ult. C. h. n 6 & seq* Liquidam caussam fieri (1) confessione adversarii (2) Genere constitutionis si adversarius factum fateatur, ius autem apertum neget (3) Celeritate probationis.

25) Ita Bart. ref Menoch 2 *Arb. C. 14.* & Don. *ad d. §. 30. n. 8.* ubi æque ac hic probat & *ad L. ult. C. h. n. 8.* (ubi a se dissentiens eam opinionem reprobat) ita tamen si & condemnato idem tempus daretur ad iudicatum faciendum. Sed Don *ad d. L. ult. n. 7.* eo ipso die vult afferri probationem debere, Menoch. *d. C. 14.* iudicis arbitrio hoc tempus relinquit. Sane Aug. Saxonum Elector *Nov. sua 8. P. 1.* (qua reprobat eos qui Iuri Saxonico compensationem ignotam putarunt, vid. *Diff. Iur. Civ & Sax. 19. P 1.*) exigit ut ea confessionis instrumentis aut actis conventionis ita liquida sit, ut nulla alia probatione indigeat.

duos menses? quia tantum spatium debitoribus fiscalibus datum est ad solvendum. *L. in fraudem*, §. *fiscalibus*, *D. de iur. fisc.* Quo exemplo æquitatis non immerito idem probabimus in omnibus debitoribus etiam condemnatis qui compensationem opponant, & intra id tempus quod iudicatis dari solet, expediant debiti sibi probationem.

XXXVI. Cum superiora concurrent, & in personis, inter quas de compensatione agitur, & in rebus ad compensationem pertinentibus, & in tempore huius opponendæ: tum demum in ea caussa est compensatio, ut iure obiici possit, & opposita admittatur etiam invito creditore. Hoc tamen, nisi iam ante in alia petitione obiecta sit ea compensatio. Nam quæ alicui petitioni semel destinata est, non potest in cæteris obiici *L. quod Labeo*, *D. de compensat.* Admissæ compensationis vis ea, quæ paucis, nihil tamen ut desit, comprehensa est in [26] *L. 4. C. de compensat.* ut compensationem pro soluto haberi oporteat ipso iure ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur usque ad concurrentes quantitates. In quo triplicem vim dici animadvertere licet: ut habeatur scilicet compensatio pro soluto: ut habeatur ipso iure: ut habeatur non ex eo tempore, quo primum obiicitur, sed ex quo utrinque pecunia deberi cœpit: quæ singula qualia sint, & quam recte constituta, videamus.

XXXVII. Primum, ut sæpe iam diximus, placet compensationem pro soluto esse. Recte. Solvit enim debitor, qui creditori suo pecuniam numerat liberandi sui caussa. Nihil autem interest, utrum numerem creditori meo pecuniam, an vero meam quæ apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, patiar apud eum esse tanquam numeratam liberandi mei gratia. *L. qua ratione*, §. *interdum*, *D. de acq. rer. dom. L. singularia*, *D. si cert. pet.* atque id fit in compensatione, dum pecuniam mihi a creditore invicem debitam volo apud eum manere eum liberans, pensationis & solutionis caussa, quo ab ea obligatione qua illi teneor, vicissim liberer. Quare hæc pensatio tanquam numeratio merito pro solutione habenda est. Hinc illa, quam aliquoties apud Papinianum legimus, *æquitas compensationis, est æquitas quæ merum ius compensationis inducit*. *L. in rem*, *D. de comp. L. inter*, *D. de adm. tut.* Merum, idest, verum & sincerum ius compensationis.

XXXVIII. Huic rationi atque æquitati consequens fuit secundum illud, ut compensatio haberetur pro solutione non simpliciter; sed ipso iure. Satisfactio quidem pro solutione esse dicitur, dum & satisfactione debitor liberatur. *L. satisfactio*, *D. de solut.* Sed sæpe pro solutione est per exceptionem, non ipso iure: ut, si creditor aliquo officio debitoris provocatus paciscatur ne ab eo petat: unde pacti exceptio tantum debitori. *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. act.* At compensatio pro solutione est ipso iure, ac non tantum per exceptionem: quia & ipsa numerationem quamdam brevi manu continet. Itaque etiam iam olim ante tempora Iustiniani ita ius obtinuerat, ut compensatio [27] ipso iure invicem pareret liberationem. *L. verum*. *L. si ambo*, in prin. *L. posteaquam*, *D. de comp. d. L. 4. C. eod.* Nam quod Iustinianus scribit in §. *in bonæ Inst. de act.* se induxisse, ut compensationes quæ aperto iure nituntur, actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: non sic accipiendum est, quasi induxerit simpliciter, ut compensatio actionem minueret ipso iure: constat enim & antea ius idem fuisse: sed accipiendum cum adiuncto quod sequitur, ut minueret scilicet isto modo actionem in omni genere actionum, id est, non tantum in actionibus in por-

26) *L. 4. Qui pot. in pig. L. 19. de lib. ca.* Hinc licet conditiones in forma implendæ, iussus tamen solvere compensando satisfacit *L. 20. §. 2. de statulib.* Moll. *ad d. Nov Elect. Sax. n.* 1 Quia tamen vera hæc solutio non est, sed ficta *L. 45. ibi quasi dederit de cond & dem.* inde infert Tiraq. *de Retr. lign.* §. 3. *Gl.* 3. *n.* 6. eum qui se soluturum iuravit, compensatione uti non posse. Et CC. ref Gutierez. *de iuram. confirmat. P.* 3. *C.* 4. *n.* 3. quia iuramentum efficiat ut obligatio sit præcisa, & quia deposito obiici vetat exuberantior illius fides, magis iurisiurandi illius religio. Contra tamen & his & aliis occurrentes Martin Uran. *in C. ad nostram de iureiur. n.* 10 Fachin 1. *Contr.* 7. Moll. *ad d. Nov. Sax.* 8. *n.* 1. Setser. *Lib.* 1. *de iuram. Cap.* 25. *n.* 100. *& seqq.* Coppel. *de Compens. C.* 4. *n.* 26. *& seqq*

27) Cuiac. 8. *Obs.* 16. Duar. *hoc tit. Cap.* 2. A. Fab. 12. *Coniect.* 9. Molinæ. *Tr. de Usur. Quæst.* 43. *n.* 322. P. Bus. 7. *Subtilit.* 11. *& ad L.* 2. *&* 4. *hoc tit. n.* 1. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 64. *n.* 7. scribens contra tam apertas legum decisiones contendere, non esse leges interpretari, sed novas condere. Non vero sensus est quod sine ullo hominis facto teneat, etsi non obiiciatur, ut Martinus volebat, sed sine ope exceptionis, quam initio contestari necesse non est, Donell. *ad L. 4. C. h. t. n.* 7. *& seq.* Datur enim ei qui paratus est compensare *L.* 2. *h. t.* Nam nisi obiiciatur, iudex vaticinari non debet reo aliquid vicissim deberi: Unde condemnabit eum, sicuti & iterum conventum qui solvisset, solutione non allegata condemnaret. Et multa ipso iure inducta, requirunt hominis factum sive ministerium, Vasq. *d. n.* 7. Ac scite Pac 4. *Q.* 73 aliam quæstionem esse an compensetur, non nisi facto hominis si & adversarius desideraverit, & iudex approbaverit, qui ex caussa reprobare potest *L. 7. §. ult. h. t.* Aliam si admissa quomodo compensetur: ipso iure ut retro vim habeat, non ex quo opposita vel admissa *L.* 11. *& seq. D. L.* 10. *C. h. t.*

personam, quod & olim fiebat; sed & in actionibus in rem, [28] quod ante receptum non erat. Significat quidem Iustinianus in *d. §. in bonæ*, temporibus divi Marci ita ius diei solitum, ut in stricti iuris iudiciis opposita doli mali exceptione compensatio induceretur, idque quodam eius Imperatoris rescripto de compensatione comprehensum suisse scribit. Sed hoc sive dubium ius fuit, sive a sequentibus Imperatoribus mutatum, certe postea contra [29] obtinuisse constat, ut compensatio induceretur ipso iure, ut dixi, idque ius diserte cautum esse rescripto Alexandri in *d. L. 4. C. de comp.* usurpatum pro certo ab Ulpiano & Paulo, qui sub eodem Imperatore vixerunt, iu *d. L. verum. L. si ambo. L. posteaquam, D. de comp.* Quid est igitur, quod Paulus scribit in *d. L. verum*. Eum cui partis compensatio obiici potest, si totum petat, male petere: cum is dicatur male agere, cui debetur quod petit, etsi aliquo modo petat male: cui autem nihil debetur ipso iure, dicatur non male agere, sed nihil facere? *L. 1. in fin. D. quand. di. usufru lega. ced.* Recte Paulus, & sibi ac prioribus convenienter. Is enim in universum male agit, qui petendo quod sibi debetur ipso iure, plus tamen petit quam debetur. Id vero accidit ei non solum qui tempore, loco, aut caussa plus petit, sed etiam qui plus re: tot enim modis plus petitur. *§. plus autem, Inst. de act.* Re autem plus petit, qui cum pars tantum ei debeatur, totum petit. *d. §. plus autem*. Atque is est, de quo Paulus loquitur. Cui enim de parte compensatio obiici poterat, is totum petebat. Male igitur, quia plus, quam debebatur. Sed nihilominus verum est, quatenus compensatio obiici potuit, eatenus ei cui obiici potuit, ipso iure nihil debitum fuisse. Quod si is peteret, cui de toto petito opponi posses compensatio; ut dicimus ei in totum nihil deberi ipso iure, ita sane si peteret, diceremus eum non male agere, sed nihil facere, ut ante obiiciebamus. Manebit igitur, compensationem pro soluto haberi ipso iure; idque ius non primum inductum esse constitutione Iustiniani, sed & temporibus Alexandri, Ulpiani, Pauli pro certo & explorato habitum fuisse. Utrum dicatur compensatio ipso iure pro solutione esse, an per exceptionem, hoc refert, quod si placeret ita eam haberi per exceptionem, non liceret eam etiam in caussa liquida opponere, nisi in lite contestanda, aut si plurimum ei tribuntum vellemus, non nisi ante rem iudicatam: sic enim ius certum est de exceptionibus opponendis. *L. si quidem, L. præscriptionem, C. de exc. L. peremptorias, C. sentent. resc. non poss.* quod & in exceptione compensationis servari oporteret. Nunc cum dicamus compensationem pro soluto esse ipso iure, & quod idem est, debitorem per compensationem tanquam solutione liberari ipso iure; fit illud, quod ante diximus, ut quandoque opponi possit non tantum ante sententiam, sed etiam in ipsa [30] executione iudicati, *d. L. 2. C. de comp.*

XXXIX. Tertium illud ad vim compensationis pertinens, ut compensatio pro solutione habeatur ex eo tempore, quo pecunia utrinque deberi cœpit, dubitari potuit, an ideo esset admittendum, quia compensatio numerationem quamdam in se haberet. Dici enim potuit ex eo tempore eam habere, quo primum obiicitur: quasi debitore tunc primum pecuniam numerante, cum vult pecuniam sibi debitam pro soluto esse. Dignum est igitur notatu, quod placet non exinde primum compensationem pro soluto haberi ipso iure, cum obiecta est; sed ex quo primum obiici potuit, id est, ex quo primum cœpit pecunia utrinque deberi. *d. L. 4. C. de comp.* Quod est æquissimum. Nam & tunc primum eam pecuniam habere cœpit creditor, ex quo eam debuit: & concedendum est debitori ex illo ipso tempore creditorem ab ea pecunia liberare; proinde & eam pecuniam exinde pro soluta habere, ut creditor tanquam ea solutionis nomine accepta & liberetur ea præstatione, & liberatus suo iure pecuniam retineat. Est autem longe utilissimum id de compensatione ita intelligi. Valet enim ad res multas, in quibus præcipue spectatur utilitas huius partis. Prodest autem in summa ad accessiones rei debitæ ex eo tempore tollendas; ad solutum per errorem post id tempus repetendum; ad procuratorem absentis compensatione ex persona domini utentem satisdatione exo-

28) Quod probat Cuiac. 15. *Obs.* 12. contrarias LL. dissolvens, qui tamen 8. *Obs.* 16. quæ continentur, in *L. ult. C. h. t.* fuisse iam ante recepta.

29) Ante constitutionem Marci in strictis nec ipso iure fiebat, nec ope exceptionis, Cuiac. 8. *Obs.* 16. quia in illis formulæ adstrictus iudex. Duar. *h. t. C.* 1. nec quid alterum alteri, sed quid reum actori dare oporteret cognoscebat, cum etiam mutuæ petitiones, seu reconventiones, in iis iudiciis coram eodem iudice usitatæ. Copp. *de Compens. C.* 7. *n.* 4. Post cœpit fieri constitutionem Marci per exceptionem doli, quæ iudicium strictum bonæ fidei efficit. Denique constitit eam ubique ipso iure fieri, Cuiacius 8. *Obs.* 16. qui vid. *&* 15. *Obs* 1. & Coppel. *d. n.* 4. *& seqq.* & Donell. noster qui aliter *ad d. §.* 30. *n.* 4. *&* 5.

30) *L.* 16. *§.* 1. *D. hoc tit. L.* 7. *de re iud.* Ant. Capyc. *Decis. Neap.* 167. Moll. *ad Nov. Sax.* 8. *P.* 1. *n.* 5.

nerandum. Prodeſt, ut dixi, ad acceſſiones exinde tollendas; puta, uſuras, fideiuſſores, pignora. De uſuris ita res habet. Debui tibi pecuniam ſub uſuris ante quinquennium; per quod tempus omnes uſuras non præſtiti. Sed & tu ex eodem tempore tantumdem ſortis nomine mihi debebas. Si poſt quinquennium petas quod tibi debeo; compenſatione oppoſita eius pecuniæ quam mihi debebas, conſequar, ut liberer non ſolum a ſorte quam debui, ſed etiam ab uſuris iam inde ab initio illius quinquennii, ita ut eius temporis totius nec uſuras præſtare debeam. Idque ita eſt, quanvis tu mihi pecuniam debueris ſine uſuris, atque hoc modo maioris ſummæ liberationem conſequar compenſatione, quam tu. *L. cum alter, D. de comp. dict. L. 4. C. eod.* Neque hoc iniquum videatur contra æquitatem compenſationis plus unum ex compenſatione conſequi, quam alterum. Nunquam enim in ſorte & principali obligatione plus unus conſecutus fuerit, quam alter: cum compenſatio admittatur ſolum uſque ad concurrentes pecuniæ utrinque principaliter debitæ quantitates. *d. L. cum alter, d. L.* 4. Sed ſorte ſoluta, aut quod idem eſt, penſata, atque hoc modo ſublata principali obligatione, neceſſario hoc evenit, ut tollantur acceſſiones. *L. in omnibus ſpeciebus, D. de ſolutionib.* in quibus ſunt uſuræ. *L. eos*, in princ. *C. de uſur.* Qua ratione hæc ipſa uſurarum liberatio ſorte penſata etiam adverſus fiſcum admiſſa eſt. Multoque magis eidem liberationi locus erit per compenſationem utriuſque ſummæ concurrentis, ſi invicem ſit uſuraria pecunia, diverſæ tamen uſuræ. *L. idem, D. de comp.* Pertinet hoc idem & ad fideiuſſores: qui debitore per compenſationem liberato iam inde ex eo tempore, ex quo debitori pecunia invicem deberi cœpit, recte dicturi ſunt quandoque conventi, ſe iam tum ex omni contractu eo minus debere & quidem ipſo iure. *L. verum, D. eod.* Unde evenit, ut ſi fideiuſſori viciſſim quid debeatur a creditore, poſſit eligere, ex utrius perſona velit compenſare, ſua, an rei principalis: & ſi utrique debitum velit compenſare, ſit audiendus. *L. ſi quid, D. eod.* Quo exemplo probandum eſt ſimiliter & in præteritum illud tempus liberari pignora; ut quandocunque poſtea aliis eadem obligata fuerint, recte dicturi ſimus hos in pignore non tam priores, quam ſolos eſſe. Prodeſt ſecundo loco ius ſuperius ad ſolutum a debitore repetendum. Si quis, inquit Ulpianus, compenſare potens ſolverit, condicere poterit quaſi indebito ſoluto. *L. ſi ambo, §. 1. D. de comp.* Recte quaſi indebito ſoluto. Nam ſi compenſationis iure debitor liberatus fuit iam inde ex quo illi pecunia invicem deberi cœpit, exinde nihil debuit: ut neceſſe ſit quodcunque poſtea eo nomine ſolvetur, indebitum ſolutum videri. Hinc ergo indebiti ſoluti condictio. Quod tamen ſecundum legem huius condictionis perpetuo ſic accipiendum erit, ſi is qui ſolvit ignorans ſibi tantumdem deberi ſolverit. Sciens indebitum, aut in iure errans ſi ſolvat, non repetit. *L. indebitum, C. de cond indeb. L. cum quis, C. de iur. & fact. ign.* Sed quid neceſſe eſt, dicet aliquis, hic indebiti condictionem quærere, quam debitori demus, cum is ſi pecuniam a ſe ſolutam condicere non poteſt, poſſit tamen certo petere eam quæ ſibi invicem debetur, quæ eamdem ſummam efficit, idemque illi præſtat? Nam cum ea pecunia nondum illi ſoluta ſit, conſtat in eam illi ſemper veterem actionem integram manere. Et eſſet inutile, ſi ei qui compenſare potuit, ac propterea indebitum ſolvit, ſemper pecunia invicem deberetur, iure civili, ut & peti poſſet. Sed finge fuiſſe tantum natura debitam. Nihilominus & hæc venit in compenſationem, ut diximus. Unde nec minus per huius compenſationem fit, ut debitor ſit liberatus, & ſi idem ſolvit, indebitum ſolvat. Quæ ergo hic ſpes eius pecuniæ recipiendæ? Nulla, niſi indebiti condictionem dabimus; quoniam debitæ pecuniæ petendæ nulla ſit actio, cum natura tantum deberetur. Quam ob cauſſam & hic condictionem indebiti eſſe utiliter monemur: efficiturque ex priore illa liberatione compenſationis, quæ ſtatim poſt pecuniam utrinque debitam ipſo iure nata eſt. Poſtremo prodeſt hoc idem ius procuratori abſentis ad eum compenſatione utentem ſatiſdatione de rato exonerandum; ut Paulus oſtendit in *L. poſteaquam, D. de comp.* Idque fit hoc modo. Abſentis procurator convenitur iudicio a creditore domini. Cum domino abſenti invicem pecunia deberetur a creditore, procurator eius pecuniæ compenſatione oppoſita creditorem petentem ſummovet. Poſtulat ab eo creditor ex edicto *de procuratoribus*, ut quoniam inſtituit hanc actionem nomine domini, caveat dominum ratum habiturum. Sic enim edictum eſt, quacunque actione quis agat abſentis nomine, eum debere ſatiſdare dominum ratum habiturum. *L. ſervum, §. ait, L. non ſolum, §. 1. D. de proc.* Ne-

Negat Paulus procuratorem in proposito de rato cavere debere: quia, inquit, cum quod invicem debetur, compensetur ipso iure, procurator in hac caussa *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*. Sensus est: cum liberatus sit dominus iam ante ipso iure, hic procurator non compensat, id est, compensationis actionem instituit, sed tantum negat dominum debere, ut & vere non debet. Hæc infitiatio non est actio.

XL. Sed meminerimus omnem hanc vim compensationis constitutam esse ei debitori, qui compensationem obiiciat, eaque uti velit. *L.* 2. *L. si quid, D. de compens.* Quid ergo, si debitor cui tantumdem debetur, non utatur compensatione, an ideo actio pecuniæ ei debitæ illi perierit: quasi compensatione non opposita declaraverit sibi nihil deberi? Et certi iuris est, ei qui compensatione non est usus, nihilominus semper salvam esse veterem petitionem. *L. quod in diem*, §. 1. *D. eod.* Quidni? nam si ideo non est usus compensatione, quia nescivit sibi vicissim tantumdem deberi, non potest dici omisisse eam persecutionem, quam sibi competere ignoravit. *L. mater*, vers. *cæterum*, *D. de inoffic. testa.* Si ideo non est usus, quia noluit; quid caussæ dici potest, cur ideo eam obligationem remiserit: cum sit in eius potestate, omissa compensatione solvere quod debet, & petitionem eius quod sibi debetur in aliud tempus reservare? *L.* 3. *D. eod.* Sed si hoc ita est, cur inducta est compensatio? Sic enim videtur compensatio inutilis futura, cum alia via possit debitor ad suum pervenire. Respondetur in *L.* 3. *D. eod.* quo occurritur huic dubitationi; ideo compensationem necessariam esse (intellige si quis optime sibi consultum velit) quia interest nostra potius compensare, atque ita naturaliter non solvere, quam solutum postea repetere, aut petere id, quod ante debebatur. Recte. Nam qui non solvit, habet pecuniam, quam retinet, atque hoc modo semper de ea securus est. Qui autem repetit indebitum solutum, aut sibi debitum petit, fieri potest, ut id non consequatur, vel quia res illi sit cum homine litigioso & veteratore, vel quia interim debitor efficiatur non solvendo, ut sunt humani casus.

XLI. Quid, si debitor conventus compensationem recte opposuit in iudicio, sed iudex nihilominus contempta allegatione eum condemnavit? An etiam tunc salva erit debitori vetus actio, an vero illi obstabit sententia iudicis, quasi qui eum condemnando tacite pronuntiaverit non esse eum liberatum, ac proinde nec invicem ei quidquam deberi? Et de eo exstat distinctio in *L. quod in diem*, §. 1. *D. de compen.* in hanc sententiam; interesse, an rationem compensationis iudex non habuerit, id est, an ita reiecerit compensationem, quasi ei in proposito [31] locus non esset: an vero reprobaverit compensationem quasi non existente debito, id est, an admissa cognitione de compensatione inquisierit, an debitori vicissim quid deberetur, & tandem repudiata quasi nihil ei deberetur compensatione, eum condemnarit. Priore casu salvam manere petitionem: quia nec rei iudicatæ exceptio obiici possit: nihil enim hic iudex de debito quod vocatur in pensationem, iudicavit: qui ne de eo cognovit quidem. Posteriore non manere: tunc enim rei iudicatæ debitori nocere exceptionem: utpote in eo debito, de quo iudex pronuntiavit, absolvitque eum a quo dicebatur deberi.

31) Puta quia caussa non liquida, altiorem requirens indaginem, Ant. Fab. *ad L.* 8. §. 2. *de neg. gest.* vid. Coppel. *h. t.* C. 9.

C A P. XVI.

Voluntate unius ex reis ab obligatione discedi non posse: consensu omnem obligationem solvi posse; & quo consensu.

I. AC de solutione dictum est, deque iis factis, quæ pro solutione habeantur etiam invito creditore, opportuna oblatione rei debitæ, obsignatione solemni, compensatione. Quæ prior ratio fuit tollendæ obligationis ex eo genere, in quo opera reorum & facto obligationem tolli diximus. Altera species erat huius generis ad liberationem, reorum consensus. Sic enim proposuimus, reorum opera & facto omnem obligationem aut tolli solutione & si quæ solutionis vicem obtinent, aut dissolvi consensu.

II. Recte consensu, non simpliciter voluntate. Nam consensus est duorum voluntas in eamdem rem: qui si a reis ad dissolvendam obligationem adhibetur, est amborum reorum voluntas in commune id agentium, ut ab obligatione discedatur: atque hoc modo obligatio solvi potest. Voluntas intelligi potest unius ex reis voluntas ab obligatione recedere volentis. Hoc vero modo solvi obligatio lege liberationum communi non potest. Ex qua relinquitur solus consensus, quo extra solutionem in hoc genere recte solvi obligationem dicamus. Quod ut plane sit constitutum, ante omnia sic habendum est, iure obligationum communi unius ex contrahentibus voluntate invito altero ab obligatione recedi non posse.

III. Id sub exemplo emptionis & venditionis definitum ita est in *L. 3. C. de rescin. vend.* de contractu emptionis & venditionis iure perfecto, alterutro invito, nullo tempore recedi licere ne ex rescripto quidem principis. Ac quo minus dubitetur id ratum esse sine ulla exceptione, quæcunque caussæ ab alterutro afferantur ad discedendum ab emptione: colliguntur eo titulo variæ caussæ, propter quas præcipue dici possit æquum esse id venditori aut emptori concedi, atque in singulis respondetur id ipsum quod supra, nullam earum caussarum efficere, quo ab emptione recedatur invito altero. Quales sunt; si venditor dicat se coactum necessitate alicuius muneris, aut inopia rei familiaris rem vendidisse, negetque eam necessitatem sibi fraudi esse debere; de quo in *L. non idcirco, eod. tit.* si dicat se minoris vendidisse errantem, dum caussatur vires locorum sibi fuisse incognitas: de quo in *L. quisquis, eod.* si emptione recte & ex fide contracta nunc pretio restituto, aut etiam duplo oblato emptionem rescindere postulet; de quo in *L. non est probabilis*, & *L. ratas, eod.* Et quid si fiscus venditor, aut civitas idem petat; quibus constat multa singulari favore concessa esse legibus? Et ut superiores caussæ remorentur suprascriptis locis, ita non minus hoc idem denegatur fisco, *d. L. 3. eod.* Plus dicimus; etsi emptor pretium non solvat; quo facto videri possit indignus, cui venditio servetur; placet tamen ne hoc quidem satis esse venditori, cur eo desiderante emptio rescindatur, solumque ei actionem pretii, non eorum quæ dedit, repetitionem competere. *L. si non donationis*, *L. empti*, *C. de cont. empt. L. ea, conditione*, *C. de resc. vend. L. venditi*, *C. de act. empt.* Hæc ergo de emptione & venditione ad superiorem sententiam accommodata.

IV. Sed non est consistendum in hoc exemplo. Universi generis definitio hoc loco tenenda est, quæ traditur in *L. sicut*, *C. de obligat. & action.* liberam esse cuique potestatem habendi vel non habendi contractus: renuntiare autem semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. Et hoc plane obligationis naturæ & definitioni consequens est. Est enim obligatio iuris vinculum, quo obligatus obstringitur necessitate rei solvendæ, *Instit. de obl.* in princ. Sequitur igitur, ut qui obligatus est, non sit ei liberum sua voluntate ab obligatione recedere. Nam si hoc illi liberum est, non habet

bet necesse quidquam præstare: evitabit enim hanc necessitatem obligationi renuntiando. Nunc autem necesse habet præstare. Non est igitur ei liberum ab eo obligatione sua voluntate discedere.

V. Sane in mandato, & societate aliter observatur. Mandatum enim & revocatione mandantis sola, & sola renuntiatione eius qui mandatum suscepit, solvitur. §. *recte*, *Inst. de mand.* Solvitur & singulorum sociorum renuntiatione societas. §. *manet*, *Inst. de soc.* Sed hæc in his contractibus proprio quodam & singulari eorum contractuum iure recepta sunt. Quod ius proprium cum versetur etiam in nonnullis aliis generibus obligationum, puta in acceßionibus, ut semel de toto eo genere liberationis transigatur, mihi constitutum est de eo separatim & in commune dicere ad extremum, cum de iure communi liberationum dixero.

VI. Nunc de iure isto communi quærimus: quod quidem ex conditione obligationis tale est, ut si quis obligatus sit, is necesse habeat solvere: necessitate solvendi obstrictus non possit sua voluntate & renuntiatione hanc necessitatem defugere. Quod si ita est, efficitur id quod supra posuimus, extra solutionem & ea facta, quæ pro solutione habentur, ita solvi obligationem posse reorum opera, ut tollatur quidem voluntate eorum, sed voluntate mutua, id est, consensu; non aliter.

VII. Atque hoc modo omnem obligationem solvi posse, generibus subiectis postea patebit. Tantum refert in hac re, qualem hunc consensum esse velimus: tum ubi & quatenus esse ac valere intelligatur. Et non quovis consensu quævis obligatio solvitur. Alias solvitur obligatio nudo consensu, alias non nisi cum legitimus aliquis actus idoneus ad consensum accesserit. De quo ex genere obligationis contractæ æstimandum est. Si qua obligatio consensu solo constitit, placet & hanc nudo consensu dissolvi. Cæteras non aliter, quam si ad consensum accesserit idoneum id, quod diximus; quod quale sit, dicetur postea suo ordine.

VIII. In quo veteres secuti sunt naturæ ordinem & formam in rebus tollendis, quam & illi in hac re statuerunt regula complexi: atque ita definiunt; nihil tam naturale esse, quam eodem genere quodque dissolvi, quo colligatum est rebus in contrarium actis; ideoque verborum obligationem verbis tolli: nudi consensus obligationem contrario consensu dissolvi. Hoc in *L. nihil tam naturale*. *L. fere*, *D. de reg. iur.* Hinc ad dissolvendam obligationem nata illa distinctio consensus, quam superius posuimus. De qua cum appareat statui ex genere obligationis, dum hoc spectatur, consensunc, & eo solo consistat, an aliter: hunc ipsum ordinem generum obligationis & nos hoc loco in obligatione consensu dissolvenda sequemur.

C A P. XVII.

Quæ obligationes consensu solo dissolvantur, & quibus conditionibus, Et inter alias conventiones ad consensum pertinentes De addictione in diem; & De Lege commissoria.

Naturalis omnis, & civilis ea, quæ ex consensu constat obligatio, contrario dumtaxat consensu dissolvitur. I.
Naturalis plene, atque ipso iure. Exponitur L. Stichum §. Naturalis D. de solut. II.
Civilis ita, si 1. *consensu dissolvatur utriusque partis. An si arrham cedat, discedere emptor possit, invito venditore.* III.
2. *Si talis conventio in re contrahenda interponatur, vel contracta obligatione, sed re integra. Quando res integra.* IV.
Quæcunque pactio, seu conditio incontinenti adiecta, ex qua discedatur ab obligatione actionem parit, nedum exceptionem. V.
Contrariis occurritur. VII.
Quæ id genus conventiones. VI. VIII. IX.
Transitio & aditus ad seqq. capita. IX.

I. Duo sunt genera earum obligationum, quæ consensu solo consistunt, sive hoc modo contrahantur ab initio, sive aliunde contractæ, tamen non nisi

nisi [1] volentem & consentientem debitorem tenent: naturalis omnis & civilis ea, quæ nascitur ex iis contractibus, qui consensu fieri dicuntur, id est, consensu solo: in quibus esse diximus hos; emptionem & venditionem, locationem & conductionem, societatem, mandatum, pecuniam constitutam, pactum donationis. Nam quod ad naturalem obligationem attinet, etsi hæc multis aliis ex caussis nascitur, quam ex consensu, ut in hoc genere obligationis docuimus: tamen contracta non nisi consensu debitoris consistit, cum adversus invitum nulla fit ex hac obligatione actio. *L. fideiussor*, *§. fideiussor*, *D. de fid. L. naturales*, *D. de obl. & act.* Etiam in his quoque generibus, atque horum generum partibus, reperiemus constanter superiorem regulam servari, ut in omnibus obligatio nudo consensu contracta, aut quæ nudo consensu stabat, nudo consensu contrario solvatur.

II. Naturalem quidem obligationem hoc modo ipso iure tolli scribit Papinianus in *L. Stichum*, *§. naturalis*, *D.* de sol. *Naturalis obligatio*, inquit, *ut pecuniæ numeratione, ita* [2] *iusto pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur*: quod nihil aliud est, quam consensu solo tolli. Nam pactum est duorum placitum & consensus. *L. 1. D. de pact.* Iusiurandum autem etiam conventionem habet, valetque & ipsum ex conventione. *L. sed et si servus. L. qui iurasse*, seq. *§. ult. D. de iur.* Reddit quidem Papinianus eodem loco aliam rationem huius liberationis: nempe hanc, *quod vinculum*, inquit, *æquitatis, quo solo sustinebatur* naturalis obligatio, *conventionis æquitate dissolvitur*. Sed non minus verum est ideo solvi, quod vinculum istud æquitatis solo consensu consistat: non enim, ut dixi, nisi volentem & consentientem tenet. Addit Papinianus ibidem: *ideoque fideiussor quem pupillus dedit, ex istis caussis liberari dicitur*. Intellige, pupillo qui naturaliter tantum obligatus erat, ex istis caussis liberato. Principali enim obligatione sublata, quæ pupilli fuit, necesse est eodem iure & accessiones liberari, ut fideiussores. *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Cæterum cum ipso fideiussore pupilli si pactum interponatur, ne ab eo petatur, si deferente creditore iuret nihil se debere, non liberabitur ipso iure, sed per pacti solum aut iurisiurandi exceptionem. Ipse enim etsi naturali obligationi accessit, civiliter tamen & verbis obligatur. Neque vero verborum obligatio a consensu aliter quam verbis tollitur, *d. L. nihil tam*, *D. de reg. iur.*

III. Non minus eodem consensu tollitur & civilis omnis obligatio nudo consensu contracta. Idque est, quod tot locis legimus, ab emptione venditione, locatione conductione; cæterisque similibus obligationibus consensu nudo eorum, qui inter se obligati sunt, recedi posse. Item, emptio-

1) Non hæc omnino placent. Nam & obligatio naturalis suo modo necessitatem præstationis continet, ut supra *Lib.* 12. *C.* 1. *&* 2 Planeque adversum hoc naturæ & substantiæ cuiuscunque obligationis ut sit voluntaria *L.* 8. *de O. & A.*

2) Id est licito, honestoque, LL. non improbato, ut recte Coras. 1. *Misc.* 1 *n.* 5. Duarenus *de Pact.* C. 2. Govean. 2. *Var. lect.* 26. Briss. *Lib.* 3. *de Sol. p.* 448. *& seq.* Forst. *de Pact.* C. 2. ¶. 6. Greg. Lopez. *Anim. Cap.* 9. *n.* 7. Male Alc. *locis* a Forst. *citatis* exponit vestitum seu non nudum. Male Charond. 1. *Verisim.* 4. & novissime Fach 13. *Contr.* 23. legitimum. Quod refellit Coras. Briss. & Lopez. *dd. locis* quia iuriiurando comparatur *d.* §. 4. Et iurisiurandi conventio iusta dicitur *L.* 39. *de iurei.* quæ tamen prætoris tantum iurisdictione sustinetur, nec lege confirmata. Eodemque sensu iusta conventio *L.* 40. §. 1. *L* 52. §. 2. *de pact.* Denique in *d.* §. 4. agitur de obligatione naturali per naturalem modum dissolvenda non per civilem. At hac ratione acris pugna inter *d. L.* 95. §. 4. & *L.* 27. §. 4. *de pact.* Ita sane est. Unde Zas. *ad d. L.* 27. §. 2. conqueritur hanc pugnantiam perstrinxisse oculos, obnupsisse ingenia omnium antiquorum glossatorum. Distinctionem verissimam & expeditissimam puto inter pactum de petendo, seu obligatorium, de quo *d.* §. 4. quod posteriore tollitur, & de non petendo, seu liberatorio, ex quo quæsita debitori exceptio ipso iure posterioris pacti vi non eliditur *d.* §. 2 Quæ Azonis distinctio, licet Zasio reprobata, probari videtur Goveano 2 *Var. Lect.* 26. Eodemque tendit solutio Ant. Fabri *ad d.* §. 2. Exceptio ex pacto de non petendo non potest alio pacto tolli, quia in pactis factum versatur: Exceptio non minus ac actio iuris est. Obligatio naturalis sola ex pacto de petendo, nec potest aliter tolli quam ipso iure, quia nec exceptioni locus esse potest, quippe præsupponenti actionem, quæ ex priore pacto nata non est. Accedit quod exceptio, ut & alii effectus naturalis obligationis, quos a LL. accommodatos habet, sint civiles ut firmavi *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. Ideoque nulla vera est contrarietas, inter *dd.* §§. quia diversa sunt subiecta. In *d. L.* 27. §. 2. dicitur pactum non elidi ipso iure, scilicet quoad exceptionis effectum, de qua ibi, & quæ non ex omni pacto, sed liberatorio. At in *d.* §. 4. habetur naturalem obligationem ex pacto scilicet, quo id actum, ut alter obligaretur, tolli. Inter diversa igitur pacta hac in re discrimen, non inter duplicem eiusdem pacti vim, ceo vult Pac. 1. *Quæst.* 97. & Fach. 10. *Contr.* 96. Nec satis explicate Zas. *d. lo. n.* 20. posterius pactum tollere quidem obligationem naturalem ipso iure *d.* §. 4. sed non civilem, non exceptionem prioris pactionis: non reducere naturalem obligationem, quæ in principali contractu extincta. Non displicet tamen quoque conciliatio Ræv. 2. *Var.* 6. talis: Quod eodem iure tollitur, quo ligatum est, ipso iure tollitur. In stipulatione per ipsum ius, civile intelligimus, ex quo illa constat; in pacto naturale. Ergo pactum per pactum tollitur ipso iure citra prætoris opem, si hoc actum est. Contra tolli non potest ipso iure, si etiam hoc actum est, ne tollatur. Ipso iure igitur si prius pactum non ad civilem obligationem pertineat aut actionem pariat, ut *d.* §. 2. sed naturalem nudam contineat obligationem, ut *d.* §. 4. Ubi ut tollatur per exceptionem aut replicationem ne potest quidem fieri, natura obligationis non patitur (recte hoc & superioribus convenienter) Ast in *d. L.* 27. §. 2. contractus mutui in caussa est, ne pacto posteriore prius elidatur, & hoc actum est, ut tollatur per replicationem. Quia enim prius pactum, quod facti est tollere contractum non potuit, salva principali obligatione, ni pacti exceptione repellatur actor, condemnaretur reus statim. Et nisi replicatione pacti de petendo reus rursum excludatur, absolvendus omnino esset. Aliter Briss. *Lib.* 3. *de Sol. p.* 349. Vacon. 1. *Declar.* 19. *& seq.* Bello. 2. *Supput.* 1.

emptionem & venditionem, cæterasque similes obligationes, ut consensu nudo contrahuntur, ita contrario dissolvi. *L. ab emptione, D. de pact. L. 1. L. 2. C. quan. lic. ab empt. dis. L. 2. L. 5. §. ultim. D. de rescind. vendit. §. ultim. Instit. quib. mod. toll. oblig.* Sed in eo suæ sunt conditiones. Ac prima illa, quam posuimus, ut discedatur ab his obligationibus utriusque partis consensu. Semel perfecta emptio invito altero ex contrahentibus, quidquid illi offeratur, resolvi non potest: quæ prope sententia est *Tit. C. de rescin. vend.* sed præcipue expressa in *L. 5. & 6. eod. tit.* Denique generaliter illud tenendum est, quod est in *L. sicut, C. de oblig. & act.* sicut ab initio libera potestas est habendi vel non habendi contractus; ita renuntiare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. Proinde etsi emptor arrham dederit, & paratus sit arrhæ cedere, ut ab emptione discedat, non audietur; cum nec si duplo amplius offerret, audiretur. *d. L. 6. C. de ref. vend.* Quid est igitur, quod dicitur in *L. contractus*, in fin. *C. de fid. inst.* & *Inst. de empt. & vend.* in prin. si sine scriptis emptione contracta, venditor venditionem recuset, cogi arrhas duplicatas reddere: emptorem autem si ab emptione recedat, arrhas amittere? Potestne hæc esse poena nisi cum invito adversario ab emptione receditur? Nam utroque consentiente receditur impune. Dicendum est, his poenis locum esse adversario quidem discessionem admittente, non aliter: sed tamen admittente non simpliciter, sed hac conditione, ut venditore discedere volente emptor duplum arrharum recipiat: emptore autem discedente venditor arrhas acceptas sibi habeat, de quo plura scripsimus ad *d. L. contractus, C. de fid. inst.*

IV. Sed etsi placeat contrahentibus ab emptione contracta, & similibus conventionibus discedere: accedunt tamen & aliæ conditiones duæ; quibus non impletis nec consensus contrahentium resolvat obligationem: Ex quibus una est ex re, & præsenti statu obligationis ducta, si consensum sit rebus integris. Altera ex persona contrahentium, si inter eos consensum sit, quorum uterque potuit alterum liberare: de quibus dicam ordine. Ex tribus igitur conditionibus propositis secunda hæc est, si consensu recedatur ab his obligationibus rebus integris, seu re integra. *d. L. ab emptione, de pact. d. L. 1. & 2. C. quand. lic. ab em. disc.* Quod tum fieri interpretandum est, cum hic ipse consensus, quo placet ut a contractu discedatur, interponitur re integra. Res contractus a integra esse intelligitur, cum quæ res ex eo contractu præstari debent, nondum sunt secutæ, ut ab alterutra parte præstarentur; quales sunt in emptione a venditore res vendita, ab emptore rei pretium; a quibus tunc rem integram esse dicimus, cum neque a venditore res tradita est, neque ab emptore pretium solutum. *L. ab emptione*, illic, *nec quidquam, D. de pact. §. ult. Instit. quib. mod. toll. obligat.* Ut hoc modo res sit integra, duobus temporibus accidere potest: initio contractus, & obligatione iam contracta. In initio quidem semper; cum scilicet negotium adhuc geritur, contrahitur; nondum autem contractum perfectumve est. Non enim dici potest ex contractu quidquam præstari, ubi nondum ullus contractus est. Nec præstari ex obligatione, ubi nondum est contracta. Postquam autem obligatio contracta est, non semper res integra. Est tamen aliquando; non enim semper statim præstantur invicem, quæ ex ea caussa debentur. Sic fit, ut consensus de rescindenda solvendave obligatione duobus temporibus interponi possit re integra, totidemque modis, utilis sit ad resolvendam obligationem. Uno, si interponatur in initio, & tempore contractus, seu in re gerenda, & negotio contrahendo, & quod veteres etiam dicunt, in continenti, seu ex continenti. Altero, si interponatur obligatione iam contracta, nondum tamen ulla præstatione necessaria insecuta. Prius tempus quin habeat sine exceptione rem integram, ex iis quæ diximus, nulla dubitatio est. Ne hoc quidem dubitari potest in facto, quin qui emptionem & venditionem contrahunt, sæpe inter se paciscantur, ut si quis casus acciderit ab emptione discedatur, ut constet quæcunque eiusmodi pactio interponetur initio, eam & re integra & quo emptio rescindatur, dissolvaturve, interponi. Restat, ut hoc de iure dubitetur, utiliterne interponantur eiusmodi pactiones in re contrahenda quo ab obligatione quandoque recedatur. Atqui hoc ius multo minus dubium est, quam superiora. Quo efficitur, quandocunque eiusmodi pactione initio interposita ille casus extiterit, quo placebat ab obligatione recedi, eodem tempore & resolvi obligationem, idque contrario consensu, utpote interposito utiliter, & re integra.

V.

3) *L. 3. pr. D. de resc. vend.*

V. Ius ita est, de quo dictum est suo loco: quæcunque pactio in emptione venditione & similibus contractibus bonæ fidei initio, seu in continenti adiicitur; seu in re gerenda & negotio contrahendo; hanc dare legem contractui, huius partem esse: proinde ut partem contractus, ita valere non solum ad exceptionem, sed etiam si quid inde præstandum sit, quod petitione indigeat, ad actionem. *L. iurisgentium*, *§. quinimmo*, *D. de pact. L. in bonæ. L. legem. C. de pact. L. initio. L. tempore. C. de pact. int. empt. & vend. comp.* Id ius & ad eas conventiones pertinet, si quæ interponantur eiusmodi, quo certa conditione ab obligatione abeatur. Quare & hæ servandæ sunt non minus, ut existente quandoque conventionis conditione, ita uti convenerat obligatio rescindatur illo consensu: quem & valere constat, & maxime interpositum rebus integris, quia nondum re contracta.

VI. Huc illæ conventiones referri debent, omninoque ad hunc consensum, & eam dissolutionem obligationis, de qua agimus, pertinent, quæ tam varie occurrunt in emptione & venditione, quibus ab initio interpositis id agitur, ut recedatur ab eo contractu. Cuiusmodi sunt hæ: Si intra certum tempus res vendita emptori displicuerit, ut liceat reddere. *L. si convenit*, 6. *D. de rescin. vend.* Item, ut sive venditor, sive heredes eius emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, res vendita his restitueretur: quod vulgo appellant 4 pactum de retrovendendo: de quo in *L.* 2. *C. de pact. int. emptor. & vend.* In quibus placet conditionibus supra scriptis existentibus ita resolvi obligationem, ut non solum in priore emptor de pretio, si forte id nondum solvit: in posteriore autem venditor, si quid adhuc desit ad præstationem, non sit eo nomine obligatus: sed etiam re secuta ambo actionem habeant ad repetendum quod dederint: emptor ad pretium, venditor ad rem traditam recipiendam.

VII. Et notandum utroque in loco id est *d. L. si convenit*, *de rescin. vend. d. L.* 2. *C. de pact. int. empt.* actionem ex ipso contractu dari: emptori ex empto, venditori ex vendito: & simul præscriptis verbis. Quorum utrumque mirum prima facie videri potest. Nam primum quo modo actio ex empto aut vendito ad resolvendam emptionem, cum sit hæc actio comparata ad emptionem confirmandam? Respondebimus etiam eam actionem, qua ex his conventionibus agitur, vere pertinere ad confirmandam emptionem, esseque adeo ex ipsa emptione. Nam & proficiscitur ex superiore conventione, & datur eius confirmandæ caussa. Porro hæc ipsa conventio pars est emptionis. Ita necesse est, cum de ea parte agetur, etiam ex emptione, simul & emptionis confirmandæ caussa agi videri. Sed cum id agatur superioribus conventionibus, ut recedatur ab emptione, quæ tandem emptione rescissa atque hoc modo sublata, potest inde actio superesse? Diluit Pomponius in *L. sed Celsus*, 6. *§.* 1. *D. de cont. empt.* Verba quidem significant id agi, ut in totum ab emptione recedatur. Sed alia mens est contrahentium: a quibus id agitur, ut hactenus saltem servetur conventio, quo per eam si quid abest, repetere liceat. Hæc autem conventio, ut dixi, pars est emptionis. Proinde actum, non ut omnis obligatio empti & venditi solveretur, sed ut hactenus maneret, quo hæc pars servaretur. Quod nisi ita esset, conventio esset inutilis: quod nequaquam contrahentes voluerunt. Porro *in rebus emptis & venditis*, inquit Pomponius, *potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est*. Enimvero cur admissa in his conventionibus ex empto aut vendito actione ad repetendum, quod emptor aut venditor dedit, nihilominus placet in eamdem rem esse actionem præscriptis verbis: cum traditum sit præscriptis verbis non agi, nisi cessantibus vulgaribus actionibus, & cum proprium nomen invenire non possumus? Et de eo respondi in *Libro de præscriptis verbis actione*, *C.* 2. Neque nunc ad hunc locum valde pertinet, sed potius ad vim pactorum referendum est, de qua dixi supra suo loco. Sint ergo dicta hæc obiter, quia superiores conventiones postulabant. Redeo ad alias conventiones huius generis.

VIII. Tales sunt igitur conventiones quæ usurpabantur in mancipiis vendendis. Ut, cum servus exportandus venibat, id est hac lege, ut exportaretur certum in locum, neque inde excederet: si contra fieret, rediret ad venditorem, aut ma-

num

4) De quo vid. Donell. noster *ad d. L.* 2. Coras. 3. *Misc.* 2. Hart. Harm. *L.* 2. *Tit.* 22. *Obs.* 4. *& seq.* Hot. 6. *Obs.* 14. Zoanet. *ad d. L.* 28. Gail. 2. *Obs.* 16. Iuse Tiraq *de Retr. convent.* Covar. 3. *Var. Res.* 8. *&* 3. *seqq.* Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 27. *& seqq.* Fach. 2. *Contr.* 11. *& seqq.* Ranchb. *P.* 1. *Q.* 19. A. Fab. 9. *Err. Prag.* 9. *&* 10. *& Decade* 10. *Err.* 2. qui & diversam esse pactionem *d. L.* 2. propositam a vulgato redimendi pacto contendit & 22. *Err. Prag.* 2. 3. 4. *item* 6. *& seqq.*

num servo iniicere liceret. Item, cum ancilla distrahebatur hac lege, ne prostitueretur: si adversus legem prostituta esset, rediret ad venditorem, aut manus iniectio esset. Item, cum servus ita alienabatur, ut manumitteretur, aut contra. Quæ conventiones quid continerent, quamque pœnam iniicerent contra facientibus, aut quid servis ipsis venditis tribuerent, quæsitum est: de quo propriis titulis constitutum est: estque id argumentum horum titulorum Codicis. *Si servus exportandus veneat: Si mancipium ita venierit, ne prostituatur: Si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittatur, vel contra*. Eiusdem argumenti titulus in Pandectis, *De* 5 *servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur, vel contra*. Ipsi loci lectione contenti erunt: tantum ut moneamur, quem locum obtineant in rescissione emptionis superiores conventiones.

IX. Tales sunt conventiones in reliquis rebus, cum convenit, ut si quid non fecisset emptor, aut si quis casus alius accideret, abiretur ab emptione, vel res esset inempta: cuiusmodi exempli plenus est *tit. Codicis de pact. int. emt. & vend. comp.* Sed inter has maxime frequentes, & præter cæteras celebratæ duæ, Addictio in diem, & Lex commissoria: de quibus etiam cum propter utilitatem, tum propter nonnullam obscuritatem, quæ hic explicanda sit, separatis titulis agitur ex professo in Pandectis; ubi hi tituli exstant ad rescindendam ex harum conventionum consensu emptionem pertinentes, *De in diem addictione*, & *De lege commissoria*. quorum & nos summam propter eamdem utilitatem & difficultatem paucis & quam dilucidissime poterit, exsequemur,

5) In quo tit, ut hoc obiter, non vere pugnant *L. 6. §. 1. & L. 7.* quasi Papinianus suam sententiam, quæ in *d. L. 7.* traditur, correxerit *d. L. 6. §. 1.* ceu putat Cuiac. 2. *Obs.* 37. & Paul. Bus. 6 *Subtil.* 15. *n.* 8. Sed nec *d. §. 1.* per *L. seq* aboletur, ut vult Gothof. *in not. ibid.* Nam in *d. L. 6. in fin.* agitur utiliter non ad pœnam integram, quanta in obligationem deducta est, exsolvendam, sed quanti minoris propterea servus venditus. Non hoc negat *d. L. 7.* sed tantum *vindictæ* (hæc vocula notetur) ratione actionem non concedit ad integram videlicet pœnam. Imo illi consequens dicitur superfore remedium ad id persequendum, quanti interfit venditoris ad pœnam alii promissam. Idem igitur erit, si aliam ob caussam æque interfit, puta si alias pluris venditurus. Quod etsi ibi non adiicatur, ex alia tamen proxima L. supplendum. Quin etsi de eo nullibi uspiam, ex ratione tamen legis eo extensio facienda esset *L. 12. & seq. de LL.*

C A P. XVIII.

De in diem addictione.

Partitio & ordo. I.
Conditionem illam: Si quis intra diem addictæ rei meliorem conditionem fecerit *ſex alias includere*. II.
1. *Si emptor alius & idem verus exiſtat*. III.
Nec intereſſe an ille extraneus ſit, ſive unus ex contrahentibus. IV.
2. *Si faciat meliorem conditionem. Quot nominibus fiat conditio melior*. V.
3. *Si intra eius conditionis diem venditor adhuc, aut heres exiſtat; & quare*. VI.
4. *Si nec meliorem facere velit emptor admonitus; quare monendus*. VII.
5. *Si talem venditor admittat, an eam a quocunque, ſi velit; & quatenus*. VIII.
Quid, cum plures fundum emptori in diem addixere; nec omnes meliorem ab alio factam conditionem admittunt IX.
6. *Si non addixerit in diem ſecundo emptori; niſi de hoc actum aliter inter partes*. X.
Cum non conſtat de duobus equis v. c. in diem addictis ſeparatim, an utrique, vel alteri pretii fiat adiectio, verus emptio manet. XI.
Inempta re facta, ex eo res, & commoda rei omnia ad venditorem redeunt; & quæ. XII.
Item cum re intermedii temporis commoda, ſi fuit emptio conditionalis. XIV.
At ſi pura, ad emptorem ſpectant, & quidem perpetuo ſi emptio maneat. XIII. XV.
Alias inempta re facta, venditori omnia reſtituenda. XVI.
Ad hunc vero & incommoda pertinere viciſſim. XVII.

I. IN diem [1] addictio ita fit, ut eſt in *L.* 1. *D.* de in diem add. *Ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi quis intra Calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.* His verbis apparet id agi, ut fundus non ſit emptus: & uno verbo ut ſit inemptus, ſi alius intra conſtitutum diem meliorem conditionem attulerit. Hinc res oſtendit duo hic quærenda eſſe. Primum quando videatur exſiſtere hæc conditio, ut ea exſiſtente res fiat inempta. Secundum, cum conſtiterit ex conditione rem inemptam factam, quid valeat hæc reſciſſio, id eſt, quid venditori tribuat eum de re, tum de rei commodis, neque id ſolum in futurum, ſed etiam in præteritum tempus, quo nondum melior conditio allata erat: de quibus eodem ordine cognoſcendum eſt.

II. Et res fit inempta ex ſupra ſcripta conventione, ſi alius intra ſtatutum diem meliorem conditionem attulerit, ut verba demonſtrant. Hæc conditio paucis verbis abſolvitur: ſed multa continet, idcirco diligentius animadvertenda, quia non ſtatim ex ſuperioribus verbis ſe aperiunt, nec cuivis ſunt obvia. Et quanquam tradita ſunt a veteribus; tamen & perturbate id factum eſt, ut ex ſcriptis eorum in hunc titulum relatis apparet, & ſingula per ſe explicationem ac collectionem certiorem deſiderant, quo intelligatur, quomodo ex ſuperiore conditione effecta ſint aut quomodo præter verba hic admiſſa. Continet autem ſuperior conditio ſex conditiones, ſi particulatim colligantur; effectus partim verbis, partim ſententia contrahentium.

III. Prima conditio ad reſcindendam ex ſuperiore conventione venditionem & rem inemptam faciendam eſt, quam verba aperte oſtendunt, ſi alius emptor exſiſtat: non enim adfertur ab alio melior conditio,

1) Addicere, ſcribit Cuiac. 3. *ad Afric. in L.* 18. *hoc tit.* eſt auctione conſtituta, rem conſtituere penes eum, qui pluris licitus fuerit. Addicere in diem eſt rem penes emptorem collocare hac lege, niſi quis intra certum diem meliorem conditionem attulerit. Adiicere eſt meliorem conditionem afferre (Unde adiectio *L.* 11. *in fin. pr. h. t.* auctarium quod ſummæ prioris pretii adfertur, Connan. 7. *Comm.* 9. *n.* 5. ſcribens male inde quoſdam vitioſam rubricam, *de in diem adiectione* defendere.) Abiicere eſt adiectionem non recipere *L.* 9. *h. t.* Traducta hæc appellatio ad venditiones privatas a publicis haſtis, ſeu auctionibus, quibus poſt 20. dies res addicitur illi qui plus licitatus *L.* 4. *&* 1. *t. C. de ſi. inſtrum. & iure haſt. fiſc.* ad quas eadem a iudiciis & addictione, ſeu condemnatione ac adiudicatione Prætoris tranſlata, Connan. 7. *Comm.* 9. *n.* 5. Weſ. *in Par. h. n.* 1. Plura de verbo addicendi Catell. Cotta. *in Memoral. v. addictio*. Ant Aug. 2. *Emend.* 2. Pius Anto. Barolin. *Auctar. Cap.* 47. Benvenut. Straccha *Tr. de Adiectio P.* 1. *n.* 6. *&* 7. Gothof. *in not. ad Rub. h. tit.*

ditio, nisi alio emptore exsistente qui hanc adferat. Sed hic videndum, quem hunc alium & secundum emptorem esse velimus, ut hoc non existente maneat prior emptio: exsistente autem ab emptione recedatur. Ac primum satis intelligitur hic emptorem dicere nos verum, non falsum: quoniam falsus emptor, & qui se talem simulet, non est emptor. Proinde si falsus emptor subiectus sit, priori res erit empta. *L.* 4. *§. cum igitur*, *D. eod.* Quid tamen si venditor aliquam subiecerit, & dum simulat meliorem conditionem sibi allatam, rem alii addixerit? consequens est priorem emptionem nihilominus manere, ideoque & priori emptori venditorem obligatum esse, ut eadem præstet, quæ ex priore emptione illum præstare oportuit. *L. si venditor*, 14. in pr. *D. eod.* Sed ut falsus emptor ad rescindendam emptionem nihil prodest: ita si verus exsistet secundus emptor, ex verbis conditionis nihil quæremus amplius.

IV. Quo loco diligenter notandum est, nihil interesse, quis sit iste verus emptor, dum alius: utrum extraneus aliquis, an vero unus ex pluribus contrahentibus: puta ex pluribus venditoribus, qui fundum in diem addixerint unus, aut unus ex pluribus emptoribus, quibus fundus in diem sit addictus. Propone tres dominos fundi communis eum fundum vendidisse, & addidisse in diem. Dicimus, si unus ex his meliorem conditionem adferat, ei ius esse, & cæteris adiectionem admittentibus a priore emptione recessum esse, ut isti emptori secundo reliquæ partes addicantur etiam invito priore emptore. *L. quod si uno*, 13. *§. ult. D. de in diem add.* Atqui traditum est non licere venditori adversus venditionem suam venire, & si faciat, non solum venientem exceptione removeri posse, sed etiam ultro adversus eum esse actionem in id quod emptoris intersit. *L. vindicantem. D. de evict.* Et hoc recte, nisi aliud venditori ex conditione conventionis facere liceat: conventio enim servanda est. Nunc autem quivis ex venditoribus meliorem conditionem adferens, potestatem rescindendæ emptionis ex superiore conventione accipit. Est enim hæc conditio, si alius quam prior emptor meliorem conditionem attulerit. At unus quilibet ex venditoribus meliore conditione allata emere volens est alius emptor, quam prior. Quare & hic ex conventione admittendus est. E converso etsi duobus fundus addictus sit in diem in commune, & unus ex his meliorem conditionem adferat, quo transferat ad se totius rei emptionem, dicendum est & hunc idoneum emptorem secundum esse, quo a priore venditione discedatur. Usque adeo, ut quamvis hi socii sint, quos constat se in societate minime fraudare debere, nihilominus placeat & hoc uni licere; quia fit pro potestate, quam conditio obligationis nominatim utrique concesserit. *L. cum in diem*, 18. *D. eod.*

V. Secunda conditio est, si secundus idemque verus emptor meliorem conditionem adferat, ut sunt verba ipsa conditionis. Melior conditio quæ sit, rudius describitur in *L.* 4. *§. ult. D. eod.* Mihi accommodate ad sententiam eius loci & comprehensionem aliorum locorum eodem pertinentium sic res quam commodissime explicari posse videtur. Melior conditio venditoris fieri intelligitur: quodcunque affertur, quod ad utilitatem venditoris pertineat. *L. quidquid*, 5. *D. eod.* Isto modo fit conditio venditoris melior his rebus: aut quantitate, aut tempore, aut loco, aut persona emptoris, aut priorum onerum venditoris sublevatione. Quantitate fit conditio melior, cum secundus emptor pretio aliquid adiicit, quo pluris emat, *d. L.* 4. *§. ult. D. eod.* Quod tamen sic accipiendum est, nisi venditor hanc adiectionem secutus sic addicat fundum secundo emptori, ut quædam ei accedant, quæ non accesserint priori emptori. Nam si quæ accedunt, non minoris sint, quam quanta est adiectio, vere dixeris non esse meliorem conditionem allatam. Ideo & prior venditio valebit. *L. si prædio*, 15. *§.* 1. *D. eod.* Sane si quædam accedant secundo emptori, quæ adiectionem pretii non exæquent, aut superent, sed pro quibus etiam venditor pretium accipiat, nova emptione earum rerum bona fide contracta, non specie emptionis ad tegendam exæquationem adiectionis quæsita: dicemus & hic quasi meliori conditione allata recessum esse a priore emptione, nec venditorem priori emptori obligatum esse. Quæ sententia est. *L. pen. D. eod.* Illud notandum adiectionem pretii illam hic intelligi debere, cum adiicitur pretio rei venditæ: cæterum alterius rei, quam eius quæ distracta est, adiectionem non admitti. Ut, si res in diem addicta intercideri, vel ancilla decesserit, & partus vel fructus nomine tantum adiiciatur, quod excedat pretium rei principaliter venditæ; placet tamen non admittendam adiectionem. Hoc in *L.* 4. in pr. *D. eod.* sumptum ex verbis conventionis, quæ de fundo distracto loquitur, & rem distra-

ftam a domino, id eſt emptore, abire iubet. Tempore fit melior conditio, ſi cum prior emptor pretium deberet in diem, ſecundus emptor nihil alioqui pretio adiiciens ſaltem in tempore præſentem pecuniam offerat. Habet enim hæc repræſentatio commodum & interuſurium medii temporis, quo careret venditor, ſi diem priorem exſpectare cogeretur. Unde & propter hoc commodum dicitur plus peti, cum ante diem petitur. *§. plus autem, Inſt. de act.* Loco fit conditio melior, cum ex priore emptione certo loco pretium ſolvi debuit; ſecundus autem emptor quanvis non pluris emens offert pecuniam alio loco venditori commodiore, ſive quod ſit locus propinquior, ſive quod venditori ad rem bene gerendam, & merces emendas opportunior. Nam & in locis ineſt tempus, quo ad ea loca perveniatur, ut in prioribus inſit tempus ad accipiendum brevius: & pretia rerum per ſingulas civitates regioneſque varia eſſe conſtat. *L. 3. D. de eo. quod cer. loc.* Ex perſona emptoris melior conditio fit, si prior emptor pauper eſt, lapſus repente facultatibus, aut cuius facultates ſint dubiæ: ſecundus emptor tanti emens homo dives, & fidei ſpectatæ. Onerum priorum venditoris ſublevatione fit melior conditio, si ſecundus emptor, etiam minoris emat, ſed levioribus conditionibus, remittens ea, quæ gravia erant venditori in priore emptione: ſatiſdationes puta, quibus obſtrictus erat priori emptori, aut alias res quas placebat fundo accedere, *d. L. 4.* in fin.

VI. Tertia conditio eſt, ſi intra diem quo melior conditio adferri debet, venditor vivat, aut eo mortuo ſit ei aliquis heres. Quod ſi neque vivet venditor, neque mortuo extiterit heres intra eum diem; placet confirmari priorem emptionem: ut quanvis poſt eum diem exſiſtat venditori heres, nihilo tamen magis fundus a priore emptore recedat. Cuius ſententiæ hæc ratio a veteribus redditur, quod non poſſit intelligi melior conditio allata, niſi ſit cui adferatur, & cui allata placeat. Quorum neutrum fieri poteſt, ubi qui vendat, non exſiſtat. Nec ad rem pertinet, ſi poſtea venditori aliquis exſiſtat heres. Non enim ſatis eſt meliorem conditionem venditori adferri, heredive eius: ſed & adferri oportet intra diem conſtitutum; quod non fit, cum poſt diem heres exſiſtit. Hæc ad hanc ſententiam in *L. ſi prædio, 15. D. eod.*

VII. Quarta conditio ad eamdem reſciſſionem eſt, ſi venditor meliore conditione allata admoneat priorem emptorem, & is monitus nihil plus adiiciat. Quod ſi prior quid adiicere volet, placet ei licere, & manere apud eum rem emptam. *L. licet, D. eod.* Et recte, nec minus ex verbis conditionis. Non enim videtur melior conditio ab alio allata, ubi eam quæ allata eſt, prior emptor adiectione ſuperavit. Et quoniam fieri poteſt, ut prior emptor meliorem conditionem allatam ignoret; quod ſi fit, non poteſt ipſe plus adiicere: hoc etiam additum eſt a veteribus, ut neceſſe habeat venditor meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere, ut ſi quid alius adiicit, ipſe quoque adiicere poſſit. *L. neceſſe, D. eod.* Quod eam vim habet, ut ſi id non fecerit venditor, perinde haberi debeat, quaſi prior emptor conditioni plus adiiciendi parere ante quoque paratus fuiſſet: quia quominus ei pareret, ſtaret per eum, cuius intereſſet eam conditionem non impleri. *L. in iure, D. de reg. iur.* Sed unde hæc neceſſitas certiorem faciendi emptorem impoſita venditori, ut hac conditione res fiat inempta: cum verba conventionis nihil tale a venditore exigant? Non dubito, quin reſponſum ſit a veteribus ex natura horum iudiciorum, quæ ſunt bonæ fidei; cui congruit, ut quidquid ſciat venditor, quod celatum nocere poſſit ignoranti emptori, eius rei emptorem admonere debeat, ne decipiatur. *L. 1. §. 1. D. de act. empt. L. 1. D. de ædil. ed.*

VIII. Quinta conditio eſt, ſi venditor meliorem conditionem allatam admittat. Placet enim licere ei abiicere, & primam ſequi quaſi meliorem. *L. Sabinus, D. eod.* ut conſequens ſit non prius a priore emptione recedi, quam prima conditione omiſſa venditor ſequatur novam. Atqui verba conventionis refragantur. Eſt enim conventio hæc, ut fundus ſit inemptus, ſi alius meliorem conditionem attulerit. Et nunc exſiſtit alius, qui meliorem conditionem adferat. Quid reſtat igitur, niſi ut conditione impleta, fundus fiat inemptus, vel invito venditore: atqui hic recte uſurpemus illud Ulpiani ex *L. vero, verſ. pen. D. de ſol.* certam conditionem accepiſſe initio hanc venditionem, ideo hanc immutare non poſſe venditorem? Et ſine dubio refragantur verba, quominus hic conſenſum exſpectemus venditoris. Sed admittit ſententia contrahentium. Nam quod convenit, ut fundus ſuperiore conditione inemptus eſſet, convenit venditoris cauſſa, utpote ad quem melioris conditionis utilitas ſolum referatur. Licet autem venditore

ditori lege sua non uti, & ei iuri quod pro se introductum est renuntiare. *L. si iudex*, *D. de minor. L. pen. C. de pact.* Quod & ipsum dicitur apertius in lege commissoria, *L.* 2. *L.* 3. *D. de leg. com.* Sane si hoc nominatim actum erit, ut liceret resilire emptori meliore conditione allata, dicendum erit dissolutam esse priorem emptionem, etiam si venditor sequentem conditionem non admittat, ut est in *d. L. Sabinus*, *de in di. add.* Hic enim conventio manifesta est pro emptore, quam non minus ei, quam venditori servari oportet ex edicto generali de pactis. *L. iurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Sed ut venditor potest meliorem conditionem allatam non admittere, ne res fiat inempta; ita plane si admiserit, a priore emptione recessum est ex conditione. Nec quidquam intererit, qualem emptorem secundum sit secutus; idoneumne, & eum a quo pretium possit exigere, an contra: veluti, si maiore pretio allato addixerit pretium ei qui solvendo non est, aut pupillo sine tutoris auctoritate pluris ementi, aut servo alieno: quos tamen civiliter non teneri constat *L. si venditor*, 14. in fin. princip. & §. 1. *D. eod.* Quippe & ab his melior conditio allata est, si rem oblatam spectamus. Non est melior persona: sed nec de persona quaeritur: aut si quaeritur, satis ea persona idonea intelligitur, quam venditor comprobavit, cum ei liceret non addicere. *d. L. si venditor*, in fin. pr. Non tamen licet venditori quomodocunque velit conditionem allatam admittere, ut eatenus a priore emptione recedatur; sed exigitur, ut aut totam adiectionem admittat, aut totam repudiet: qui si meliore conditione allata dimidiam tantum fundi addicat secundo emptori, nihil egerit, sed totus fundus priori emptus manebit. *L. quod, si uno D. eod.* Et recte sic enim servatur in iis, qnae alicui probare aut improbare permittitur, ut aut totum probare debeat, aut totum improbare: & si partem probet, partem nolit, iure haec inconstantia recusetur. *L. in caussa*, *D. de proc.*

IX. Inde quaesitum, an quod fit in unius venditoris persona, idem & in plurium venditorum persona sit admittendum. Ut puta, tres domini eiusdem fundi eum fundum vendiderunt, addixeruntque emptori in diem. Duo posteriori emptori addixerunt, unus non admisit adiectionem. Quaeritur, utrum in totum maneat prior emptio, quasi non liceat adiectionem totius fundi pro parte admittere, & pro parte repudiare, ut fieret in unius venditoris persona: an vero quia plures venditores sunt, ideo pro parte adiectionem admittentium recedatur a priore emptione, & res posteriori emptori eatenus sit empta; pro parte autem admittentis solum emptio prior duret, & sola ea pars empta sit priori. De quo exstat veterum distinctio in *L. quod autem*, 11. *L. etsi* 12. *L. quod si uno*, 13. *D. eod.* in hanc sententiam; ut si tres illi fundum communem vendiderint uno pretio in totum fundum dicto, satis sit ad totam emptionem priori retinendam, si vel unus adiectionem non admittat: sin vendiderint partes suas variis pretiis, aut ita distinctis, ut intelligeretur, quanti quisque partem suam venderet: tum pro singulorum parte aut consisteret, aut resolveretur prior emptio: ut duobus adiectionem admittentibus, & uno reiiciente, illorum quidem partes posteriori emptori, huius autem pars priori empta intelligatur. Sed cum in utraque specie sint pariter venditores, & venditorum dissensus idem; cur haec facta illo modo distinguimus? Differentiae ratio non est admodum obscura. Nam cum fundus venditur uno pretio, etsi a tribus, tamen una emptio est, quae unum pretium habet, & semel dictum. Cum autem singulae partes distinctis pretiis vendirae sunt; quot sunt partes, tot sunt emptiones diversae, utpote quarum singulae res venditas certas & distinctas habeant, item & distincta pretia singularum. Ratio iuris hoc efficit, ut cum una emptio est, in totum eam retinere oporteat, aut in totum repudiare, ut dixi. *d. L. in caussa*, *D. de proc.* Cum autem plures sunt emptiones; quoniam distinctae nihil inter se commune habent, nihil prohibet sic ab unis recedi, ut aliae retineantur.

X. Sexta conditio est ad eamdem rescissionem pertinens, si venditor meliorem conditionem allatam secutus secundo emptori rem addicat simpliciter. Quod si rursus secundo addicet in diem, placet statim priori emptori emptionem confirmari: hac ratione, quod qui addicit iterum in diem, declarat sibi non videri meliorem allatam, quam non probat, & adversus quam alia licitatione sibi prospicit. Hoc tamen ita, nisi aliud inter contrahentes actum sit: quia nihil prohibeat hoc agi, ut saepius fundus collocetur, atque hoc modo posteriore adiectione consulatur venditori. Haec sententia *L. quod autem*, 11. *D. de in di. add.*

XI. Quae cum omnia concurrent, tum exstiterit addictionis in diem summa conditio

ditio, fietque hac existente [2] res inempta ex conventione. Et si quidem in una re concurrent, res expedita est. Sed duabus rebus separatim venditis & in diem addictis, incidit res aliquando in dubitationem. Quid enim, si duo equi uni vel duobus separatim denis in diem addicti sint, & extiterit qui pro utroque triginta daret? Si quidem constet decem adiecta, cuius rei pretio addita sint, ne hic quidem laboratur. Nam si unius equi tantum pretio adiecta sunt, & constet cuius equi, eum solum inemptum fieri necesse est. Sin adiecta utriusque equi pretio, & hoc item constat, fit hic quoque ut in utroque meliore conditione allata, uterque ex lege fit inemptus. At quid si incertum sit, utrumne ad utriusque pretium additum sit, an ad alterius tantum; etsi ad alterius tantum, ad utrius? Et placet hic nihil actum videri, ac tanquam nullius rei meliore conditione allata, non videri a priore emptione esse recessum. *L. cum duo*, 17. *D. eod.* Recte. Cum enim in ea specie volet venditor repetere eos equos, quos posteriori emptori tradat, ut recte agat & ex lege conventionis, necesse habet dicere sibi meliorem conditionem allatam esse vel in utroque, vel in uno, & eo certo quem inemptum velit. Et quoniam dicit, probare debet, ac nisi probet, reus absolvitur. *L. 2. D. de prob. L. qui accusare, C. de edend.* In hac autem incertitudine nihil horum probare potest. Sic fit, ut tanquam nihil eorum accidisset, quae dicit, nec probat, in suo loco maneat prior emptio, & emptor absolvatur. Planeque hic id accidit, quod in simili incertitudine in eamdem sententiam scribit Paulus in *L. duo, D. de test.* ut hic non ius deficiat, sed probatio.

XII. Ac qua conditione, vel potius quibus conditionibus ex addictione in diem res fiat inempta, dictum est. Id cum constabit, sequens illa altera quaestio est, quid haec rescissio tribuat venditori, & priori emptori, cum in re vendita, tum in commodis & incommodis rei venditae atque huius emptionis. Et in futurum tempus, quod sequitur conditionem allatam, res propemodum certa est ex verbis conventionis. Nam cum inde saltem res fieri debeat inempta ex conventione; necesse est, si vere hoc fit, quod venditori tribueretur, si res non esset vendita, idem nunc re inempta facta illi tribuatur. Idem ergo & nunc fit. In quo est, ut & res ei ut domino exinde restitui debeat, & praeterea si qui fructus aut si quae commoda ex illo ad emptorem pervenerint. Res enim si empta non esset, mansisset venditoris, ac dominii iure si quid inde perceptum esset ad eum pertineret. *L. qui scit*, in princip. & §. 1. *D. de usur.* Quas ad res venditori actio est ex vendito. *L. Imperator, D. de in di. add.* Sed ut sciamus rem per omnia hic inemptam fieri; placet exinde, ex quo conditio superioris conventionis extitit, dominium statim discedere ab emptore, eoque nec iam posse eum in rem actione [3] uti. *L. si quis hac lege, D. de rei vind.* Quod eam vim habet, ut eodem tempore dominium sine alia traditione ad venditorem redeat. Et certe hoc ita fit in lege commissoria, ut conditione legis exsistente venditori competat rei vindicatio *L. 4. C. de pact. int. empt. & vend.* Idem ergo probandum & in addictione in diem, in qua ex conventione eodem modo res fit inempta.

XIII. Maior dubitatio est de commodis & incommodis medii temporis, quo nondum melior conditio allata est: quo tempore cum nondum res inempta facta sit, merito quaeritur, cuius esse debeant ea commoda & incommoda per id tempus, emptorisne, an venditoris. Quaestio in eo est, utrum fundo in diem addicto, emptio contrahatur pure, & resolvatur sub conditione, an scilicet ita perficiatur, si alius meliorem conditionem non attulerit. Nam si pure hic contrahitur emptio, re tradita confestim emptor dominus efficitur, aut si res venditoris non fuit, usucapiendi conditionem. [4] *L. 2.* in fin. *L. 4. §. 1. D. de in diem ad. L. clavibus, D. de cont. empt.* fructus quoque & accessiones rei venditae, caeteraque

2) In quo, inter alia, differt a pacto de retrovendendo, per quod non disceditur a pristino negocio, sed novae obligationes constituuntur, *L. 58. in fi. de pact.* Nec fit ut venditio pro non facta habeatur, sed immo subsistit ad hoc ut retrovendi possit. Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 1. non ita affines esse has actiones, ceu nonnullis apparent, ostendens.

3) Quod post alios Tiraq. de *retr. Convent.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 13. in hac addictione & lege commissoria ita admittit, si pacta haec inita verbis directis, secus si obliquis, *revertatur redeat*. Item si huiusmodi pacta sub conditione. Secus si pure, ut sub conditione resolvantur *d. lo.* §. 2. *Gl.* 1. *n.* 59. *& seq.* Quod posterius non admittendum. Nam si sub conditione nec dominium ullum transit, quod recedere possit. Recedit itaque dominium emptione pure celebrata conditionis eventu resoluta, sine facto intercedente, quia nec nisi ea lege translatum. Reditque non tanquam rursus translatum ab emptore, sed quasi nunquam illius factum. Nec obstat regula *L.* 20. C. *de pact.* Nam cum non omnis traditio transferat, sed quae non nuda, seu caussam habet, tandiu traditio prodest ad translationem, quandiu emptio subsistit. Ea resoluta definit caussam habere traditio, nec unquam habuisse videtur, Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 1. Cui rationi concinit illa Cyni & Baldi, de qua vid. *Cap. seq. N.* 6.

4) Ut differunt hominem non nasci, & natum denasci, seu mori, ita defectu conditionis non oriri obligationem empti, & eventu conditionis intercidere, Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 49. *n.* 1.

que rei commoda & incommoda ad emptorem iure empti pertinent, *§. cum autem, Institutio. de emptio. L. necessario, D. de per. & com. rei vend.*

XIV. Quod si initio emptio contrahitur sub conditione, mutantur omnia in contrarium. Emptione enim nondum contracta, ut sit cum obligatio suspenditur conditione, manet idem dominus qui prius fuerat, id est venditor; sunt & commoda atque incommoda omnia venditoris & prius, non etiam emptoris. *d. L. necessario, de per. & com. rei vend.* Hinc secundum superiorem distinctionem respondetur de proposita quæstione in *L. 2. L. 3. L. 4.* in princip. *D. de in di. add.* ut appareat omnem hanc quæstionem, quomodo ex addictione in diem contrahatur emptio; purene an sub conditione, ad vim & potestatem huius conventionis cum quæritur de iure medii temporis, debere referri. Et hæc quidem distinctio expedita, si quid aperte in alterutram partem actum sit, ut vel placeret emptionem sub conditione perfici, vel statim pure contrahi, ut sub conditione ab ea recederetur, *d. L. 2. D. eod.*

XV. At finge proponi tantum superiora verba, quibus fundum in diem addici solere proposuimus, utro ex his modis contractam emptionem videri dicemus? Placet pure videri contractam, & sub conditione resolvi, ut medio tempore emptor sit dominus, commodum & incommodum pro lege communi contractæ emptionis ad eum pertineat. *L. 4. §. 1. D. eod.* Sed quatenus, & quo effectu, videndum est. Et placet non alio, quam ut si nullus emptor exstitit, qui meliorem conditionem adferat, aut falsus exiitit, id est si conditio addictionis deficiat, tum certum sit emptionem semel contractam perpetuo manere: proinde & dominium quod cœperat, apud priorem emptorem maneat, fructus & accessiones lucretur, & periculum sustineat rei, si res interierit. *L. 2.* in fin. *L. 3. L. item quod, 6. D. eod.*

XVI. Cæterum meliore conditione allata, atque hoc modo re inempta facta, sic retroversus iam ab initio resolvitur emptio, ut nihil eorum maneat, quæ prius fuerant, sed desinat esse dominus prior emptor, & fructus omniaque commoda [5] restituere debeat; non utique secundo emptori, cum quo nihil contraxit, sed venditori: ut sic effectu commodum utriusque temporis spectet venditorem. *L. 4. §. 1.* in fin. *L. item, 6. L. Imperator, D. eod.* In eamque rem est venditi actio venditori. *d. L. 4. §. 1.* in fin. Id efficiunt verba conventionis, quibus id agitur, ut res non sit empta, si alius meliorem conditionem attulerit. Necesse enim esset hunc statum esse rei, si nunquam empta esset. Adeoque verum est meliore conditione allata, quam venditor probet, priorem emptorem fructus medio tempore perceptos venditori restituere debere: ut quanvis ille adversus secundum emptorem licitatus sit, & penes eum emptio remanserit, placeat tamen eum fructus refundere debere. *L. item, 6. §. ult.*

XVII. Sed quemadmodum isto modo commodum utriusque temporis ad venditorem pertinet re inempta facta: ita vice versa intelligendum est & incommodum ad eum pertinere, secundum regulam naturæ, *L. secundum, D. de reg. iur.* & si quid per caussam eius emptionis ad eum ab emptore pervenit, id eum emptori restituere & præstare debere; quia si res empta non esset, nihil eorum habere deberet aut posset iure emptionis, quæ nulla est. Repetet igitur prior emptor si quid solvit in principio de pretio, & repetet a venditore scilicet cum quo contraxit, non etiam a secundo emptore cum quo nihil negotii gessit, nisi sit ei a venditore delegatus. *L. ultim. D. de in di. add.* Quod si quid medio tempore emptor necessario in rem emptam erogavit, quod emptionis onus est, aut de reditu retinebit, aut si non sufficiat, actione empti repetet. *L. Imperator, D. eod.*

CAP.

5) Ita Accurs. & DD. comm. teste Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 49. *n.* 1. Coras. 3. *Misc.* 9. Io. Copus *Lib.* 4. *de Fruct. Tit.* 1. *C.* 11 & probat Ant. Fab. 22. *Err. Prag. p.* 768. *& seq.* Quia sic rescissa emptio pro eo habetur ac si nunquam facta. Quo iure igitur retineret emptor fructus titulo defectus. Fructus sequuntur caussam dominii, quo recurrente & ipsi restituendi. Nec est quod venditori imputetur cur non citius melior conditio allata. Contra tamen alii, ubi emptio pura, sub conditione resolvenda fructus interim perceptos emptoris manere, Tiraq. *in L.* 8 *C. de revoc. don. n.* 283. Covar. 3 *Var. Res.* 9. *n.* 1. Vasq. *d. lo.* per *L.* 2. *in p.* verbis *fructus lucrari h. t. L.* 2. §. 4. *Pro empt.* Si restituis, arguit Vasquius quod lucrum facis. Anne in lucro reponendum labores inaniter subiisse in collectione & custodia fructuum. Nonne æquum est emptorem, qui interea usu pecuniæ caruit, eius loco emolumento fructuum potiri. Ad *L.* 4. §. 4. *L.* 6. *L.* 16. *h. t. L. ult. de I. fisci.* Resp. Vasq. loqui eas de emptione sub conditione contracta, ubi conditio pendens impedit acquisitionem dominii & fructuum. Nam & si conditionalis contractus, fructus interea apud emptorem; manluri si postea emptio eventu conditionis purificetur; restituendi, si contra. *d. L.*

C A P. X I X.

De lege commissoria.

I. ADdictioni in diem [1] proxima est lex commissoria, ac prope iisdem regulis iuris continetur. Nam & hac lege resolvitur emptio, & res similiter fit inempta. Tantum conditio interest. Lex commissoria ita est: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus sit inemptus. *L. 2. D. de leg. com.* Lex dicitur, ut significetur conventio & pactum adiectum emptioni. Sic enim est usus iuris, ut conventio contractui addita dicatur lex, ubi conventio temperando & moderando contractui adhibetur: significatione translata a lege publica, quæ modum & finem certum actionibus civium statuens recte dicatur nihil aliud esse, nisi temperamentum ac moderamen quod regat & coerceat actiones. Unde in contractibus lex dicta omnis conventio, quæ generalitatem contractus cohibet, & temperat, ne per omnia in eo serventur ea, quæ sine hac conventione ex natura contractus valitura essent; quasi dicas temperamentum & moderamen quoddam contractus, ut ostendi pluribus ad *L. legem, C. de pact.* Hinc illa; vendere aut tradere quid ea lege, ut quid facias, aut non facias, idest eo pacto & conventione. Legem contractui dicere, idest adiicere conventionem & conditionem moderandi contractus caussa: item in lege emptionis, societatis scriptum cautum est, idest in pacto convento emptioni, societati addito: quæ passim occurrent. Ex innumeris locis licet hos notare. *L. in lege, L. fistulas, L. fundi, D. de cont. empt. L. legem, C. de pact. L. 2.* & deinceps *tot. tit. C. si man. ita fuer. al.* Dicitur hæc lex commissoria, quia conditione huius conventionis exsistente conventio committit rem & emptionem venditori: committit, idest tanquam in manum ei tradit, rem eius arbitrio & potestati subiicit, ut sit eius electio, utrum legem exerceat, & rem inemptam velit, an vero velit emptionem valere sua lege contempta; ut est potestas huius conventionis: de qua paulo post. Itaque hic sic dicitur emptio aut res empta committi ex hac lege venditori, ut alias dicitur pœna, aut stipulatio conditionalis committi stipulatori, & committi merces [2] fisco: quam vim huic verbo inesse docui pluribus ad *L. 4. §. Cato, D. de*

[1] Cuiacius *in Par. h. t & ad L. 81. de contr. empt.* Duarenus *hoc tit.* minus Latine vocari ab interpretibus pactum legis commissoriæ, scribens, & inepte ita dici, Cont. 2. *Subsec. Lect.* 20. n 7. Charond 3. *Verisim.* 12. Sed Cuiacius 4. *Feud.* 66. dissentit, quia si pignoris hypothecam, legem pacti, actionem conditionis legimus, quidni & pactum legis, & Ritterhus. *Partit. feud. Lib* 1. *Cap.* 11 ℚ 4. Sic conventio pactorum *L. 1. C. de 1. Emphyt.* Quanquam vocula *pactorum* ibi forte significet *pensionum*, ut in *L 3. C. de absc. q. patr. præstand Nov.* 16. *in Præfat.*

[2] *L. 8. L. 14. de publican.* quæ fisco ob delictum non profitentis vindicantur, quia ei quasi in manus tradita eius potestati subiiciuntur. Sic committi dicitur edictum *L. 8. §. 11. L 10. §. 5 contra tab.* quo utendi sit potestas, cum prius uti non liceret. Sic committitur stipulatio, cum quæ antea pendebat, eo adducitur, ut ex ea stipulatori agendi ius

de verb. obl. Tametsi verum est emptorem qui ex hac lege rem committit, nihilominus recte dici committere in legem venditionis, pro peccare. *L. ult. D. de leg. com.* sed non hinc significatio, ut *ibidem* ostendi

II. Ex hac lege atque conventione res fit inempta duabus conditionibus. Una, quam verba exprimunt, si pecunia intra diem soluta non erit. Quibus verbis efficitur, ut si pecunia soluta sit, emptio maneat: si non sit soluta, dissolvatur. Hinc pertinet ad utramque partem quærere, quid hic solutionis verbo contineatur.

III. Et constat proprie tunc pecuniam solutam intelligi cum naturaliter numerata est venditori, *L. solutam*, *D. de sol.* Quod si tantum sit oblata, aut si etiam nemo fuit, cui offerretur, vere solutam dicere non possumus. Sed placet in hac caussa utrumque horum pro solutione habendum, ne videatur commissum adversus legem. Primum quidem, si emptor pecuniam obtulit venditori, quam ille accipere recusavit; multoque magis si recusante venditore etiam pecuniam obsignavit. *L.* 4. *§. ult. L. ult. D. eod.* Id præstat in hac specie etiam sola oblatio, quia etsi hæc præcedente obligatione debitorem non liberat; tamen facit, ne in pœnam futuri temporis incidat, quæ solutione pecuniæ vitaretur: ut docuimus supra sub Titulo, *de debiti oblatione. L. si per te. C. de usur. L. Celsus*, *D. de recept.* quod & in hac specie observari videmus. Idem est, etsi emptor non obtulit, sed cum paratus esset solvere, neminem habuit, cui offerret. *d. L.* 4 *§. ult. eod.* Et ita generaliter ius est, ut semper mora ab adversario in re fieri intelligatur, quoties non est qui conveniatur. *L. sed etsi*, in fin. *D. de usur. L.* 2. *D. de naut. fœn.* Quæ si recte definimus, dicendum est ex lege commissoria tunc demum videri pecuniam non esse intra diem solutam, cum præsens fuit venditor, aut cui recte solveretur nomine venditoris, & emptor aut alius nomine eius ne pecuniam quidem superioribus obtulit. Id vero ubi factum est, statim exstitit conditio ex verbis, & res ex lege inempta facta est. In quo apparet non exigi, ut venditor prius interpellet emptorem de pecunia solvenda. Quapropter etsi non interpellatus emptor pecuniam non obtulit intra diem ipso iure legi commissoriæ locus factus est. *d. L.* 4 *§. ult. eod.* Quod ius & ad omnes in diem obligationes pertinet, ut in his & sine alia interpellatione ipso diei lapsu mora fieri intelligatur, die adiecto satis debitorem multo ante [3] interpellante. *L. magnam*, *C. de con. & com. stip.*

IV. Altera conditio est præter verba ex sententia contrahentium, si pecunia ad diem non soluta venditor sua lege uti velit, id est déclaret se velle rem inemptam esse. Quod si nolit, res non erit inempta, quia non exstiterit legis conditio. *L.* 2. *L.* 3. *D eod.* Hoc, ut dixi, præter verba, quæ rem inemptam faciunt simpliciter hac conditione, si pecunia ad diem soluta non sit. Sed ducitur ex sententia legis & contrahentium; eo quod totum hoc caveretur venditoris caussa, ut est in *d. L.* 2. *D. eod.* ex quo prius illud recte colligitur, quia certi iuris sit licere unicuique iis quæ pro se introducta sunt renuntiare. *L. pen. C. de pact. L. si iudex*, *D. de minor.* Hanc autem legem adiectam esse venditoris caussa, ut possit ea non uti si velit etiam invito emptore, duabus ex rebus colligitur. Primum ex fine conventionis, quam totam ad utilitatem venditoris in pecunia ei solvenda comparatam esse apparet. Deinde ab iniquo & absurdo, quæ pars attingitur in *d. L.* 2. Nam si res erit posita in arbitrio emptoris, ut pecunia non soluta res fiat inempta, si velit: eveniet, ut quotiescunque illi visum erit, res inempta fiat: est enim in eius potestate non solvere. Hoc amplius, ut si res interim perierit, non sit periculum eius, sed venditoris: quorum utrumque & iniquum est & absurdum. Iniquum, & contra ius, ut sit in potestate obligati efficere, ne debeat. *L.* 2. *D. de eo quod cer. loc.* Contra ius & illud, ut contracta emptione periculum rei venditæ ad emptorem non pertineat, *L.* 1. *C. de per. & com. rei vend. §. cum autem. Inst. de empt. & vend.* Absurdum

ius sit, Donell. *ad L.* 4. *de V. O. n.* 6. Et ut commissum fisco cedit etsi non postulatum vectigal; sic hæc lex committitur etsi non interpellatus emptor, Conna. 7 *Comm.* 9. *n.* 4. Aliter Hopper *Lib.* 2. *μεθαρῶν pag.* 46. Committi proprie dici id quod ambiguum & suspensum ad aliquem exitum, sive hunc, sive illum, deducitur. Aliter & male, Cuiac. *in Par. h.* Commissoriam dici quod in eam committens in universam venditionem committat. De hoc pacto Gomez 2. *Resol.* 2. *n.* 30. *&* 2. *seqq.* Fabian de Monte *Ir. de Empt. Q.* 7. *principali.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 99. Ant. Fab. 21. *Err. Prag.* 6.

3) Quod si lex commissoria dicta non adiecto die, veluti: Si pretium non solverit emptor, res inempta esto, non ante emptorem incidere in pœnam commissi, scribit Cuiac. 7. *ad Africa. in L.* 23. *de O. A sub. finem* quam venditor egerit & litem contestatus fuerit fundi recipiendi caussa, cum eodem iure sint tria pœnarum genera, traiectitiæ pecuniæ, compromissi & commissi *d. L.* 23. *in fin.* Non committi quoque hanc legem, si venditor ex sua parte contractum tradendo non impleverit, censet Curt. 3. *Coniect. ad Viv.* 14.

dum autem, ut mora sua & delicto consequatur emptor, ne teneatur; id est ut mora sua ei prosit, quæ omnibus nocere debet. *L. in condemnatione. §. unicuique. D. de reg. iur.* Recte ergo hoc constitutum a veteribus præter verba conventionis, ut quanvis pecunia ad diem soluta non sit, non tamen res fiat inempta, nisi venditor velit ea lege uti. Hinc illa electio, de qua ante commemoravi, postquam pecunia ad diem soluta non est, ut possit venditor statuere[4] utrum velit commissoriam exercere ab emptione recedendo, an potius emptionem manere, & pretium petere: quæ electio constituitur in *L. 4. §. eleganter, D. eod.*

V. Sed hactenus hæc electio, ut utrunvis venditor elegerit primo, non possit postea variare. Finge elegisse commissoriam. Non poterit ad emptionem redire ex pœnitentia, *d. §. eleganter.* Finge ostendisse primo se velle uti emptione, Commissoriæ renuntiavit, nec poterit postea eam exercere. Idque ita dicimus, non solum si aperte verbis declaret se velle emptionem manere, sed etsi quid faciat, ex quo hæc voluntas colligatur. Unde his factis commissoriæ renuntiatum videri placet, si partem aliquam pretii accipiat postea, *L. de lege, §. ult. D. eod.* aut si pretium petat, *L. pen. eod.* aut adeo si pretii usuras. *L. 4. C. de pact. int. em. & vend.* Hæc ideo, quia non potest pretium accipi, aut peti utiliter ex caussa emptionis, nisi[5] prius valuit emptio. Ita qui consequens voluit, admisit prius quod antecedit, sine quo ad consequentia perveniri non potest. *L. illud, D. de adq. her.*

VI. Re inempta facta ex superioribus conditionibus, solvitur emptio & venditio eodem prope exitu per omnia, quo ex addictione in diem. Ut in diem addictione; sic lege commissoria pure contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi quid aliud actum sit, *L. 1. D. eod.* Effectus hic, ut ante diem intelligatur emptor rem traditam sibi suoque iure habere, fructus suo iure percipere: commoda denique & incommoda ad eum pertinere, ut fit in omni emptione pure contracta. *L. 5. D. eod.* Sed postquam ex conditione fundus inemptus factus est, hic omnia ad venditorem redeunt, & res & commoda omnia: quæ emptor venditori restituere cogitur; estque in eam rem venditori ex vendito actio. *L. 4. in pr. d. L. 5. eod.* In re hoc etiam servatur, ut emptione soluta ex lege commissoria, statim dominium rei quod emptoris erat, ab eo recedat, & transferatur[6] ad venditorem. Unde & venditori ex illo rei vindicatio adversus quoscunque rei possessores. *L. 4. C. de pact. int. empt. & vend. L. ult.* vers. *pen. D. de leg. com.* De qua translatione dominii, quæ sine traditione contingit, diximus suo loco, cum de dominio per traditionem acquirendo ageremus.

VII. Habet præterea & lex commissoria adiunctam hanc pœnam, ut si quid emptor arrhæ, vel alio nomine dedit; impensum puta ad conficienda instrumenta emptionis, aut ad amicos cum sumptu aliquo adhibendos, omne apud venditorem remanere debeat, *L. de lege*, in pr. *D. eod.* Hoc non item traditum est re inempta facta ex addictione in diem. Et recte. Nam in addictione in diem nulla culpa emptoris est, si alius meliorem conditionem adfert: ideo nullum delictum, quod pœnam invitet: cum non sit pœna, nisi delicti coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verb. sig.* Quod contra fit emptione resoluta ex lege commissoria; ex qua ideo committitur conventio, quia emptor venditorem frustratus pecuniam sua die non solvit.

VIII.

4) Qood statim atque lex commissa est statuere debet *d. L. 4. §. 2.* id est cum primum dies solutionis venit; quæ tam venditorem quam emptorem interpellat, admonens utrumque sui officii, Connan. 7. *Comm.* 9. *n.* 4. ubi tamen voces *statim* & *postea*, cum aliquo temperamento accipi debere, id est intra modicum tempus, arbitrio iudicis, arg. *L. 21. de const. pec.* vult Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 11. *n.* 4

5) Hæc vera ratio, non qoia odiosa pactio, per *L.* 32. vers *quia tamen de m nor* quod per eam iusta & bona fide contracta venditio ad irritum deducatur, ceu argutatur Ant. Fab. 21. *Err. Prag.* 6. contra certissimam & vulgatissimam sententiam contendens legeio commissoriam olim odiosam fuisse in venditionibus, non fuisse in pignoribus. Quorum illud minime probat *d. L.* 38. Displicuit enim Imperatori lex Commissoria, non generatim, quid enim abolere vetuisset, sed in proposita specie.

6) Ipso iure, citra traditionem, ut plerique DD. relati a Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 69. io eoque exceptionem esse statuunt a regula *L. 20. C. de pact.* Caussam specialitatis vel in frequentia, vel ut Cyn. Bald. & alii *ad d. L.* 20. (quibus convenit A. Fab.) vide *C. praced. N.* 3. quia ut initio sine titulo res transire non potuit, ita pretio soluto, cum titulus rescindatur, haberi debeat ac si sine eo tradita esset. Sed huic rationi, ait Vasquezius adversæ LL. Tit. D. & C. *de Cond. ob ca. & Cond. si ca. etc.* Et DD. opinio refellitur per *L. 3. C. de pact. int. empt.* & quia fide de pretio non habita dominium in emptione non transit. Quocirca Vasquezius ita distinguit: Aut fides habita de pretio, hac lege adiecta, & res tradita ac dominium translatum non revertitur ipso iore *d. L.* 3 Aut oon habita, quod in dubio censendum, & vindicatio datur rei traditæ *d. L. 4. C. de pact. int. empt. d. L. ult. h. t.* quia scilicet oec dominium unquam a venditione abiit, sed quasi precaria possessio tradita emptori &c. Sed Felician. de Solis *Lib* 1. *de Censib* C. 6. *n.* 9. distinctionem hanc reiicit, semperque putat lege Commissoria adiecta fidem de pretio haberi, per *L* 5. *h. t.* Ipse *ibid. n.* 7. distinguit inter pactum verbis directis conceptum, ex quo vindicatio detur venditori, & verbis obliquis, ex quo tantum actio personalis *L.* 3. *Cod. de pact. int. empt.*

VIII. Ac de addictione in diem, itemque lege commissoria satis dictum est. Quorsum ergo ista de his conventionibus & similibus hoc loco, cum instituerimus quærere, quomodo consensu obligatio dissolvatur? Nempe eo pertinent in summa, ut intelligamus emptionem omnemque obligationem nudo consensu contractam, etiam nudo consensu ex his conventionibus & similibus dissolvi, & ideo dissolvi, quia hic consensus sit interpositus rebus integris, quia interpositus sit initio in re contrahenda, quo tempore nihildum non dico præstitum, sed nec contractum erat.

IX. Dixi & tunc, cum obligatio contracta est, posse eam dissolvi consensu rebus integris: unde eveniat, ut & tunc utiliter ab eo recedatur. Id tum accidit, cum licet obligatione contracta, nihildum tamen præstitum est eorum, quæ ex contractus natura præstari oportet. Indicatur obiter hæc definitio in *L. ab emptione*, vers. 1. & vers. *nec quidquam interest*, *D. de pact.* Idem etsi hæc tradita postea in integrum restituantur. *d. L. ab emptione*, vers. *nec quidquam interest*. Eiusmodi res in emptione exempli gratia, sunt, a venditore res vendita, ab emptore pretium. Proinde rem integram dicimus emptione contracta, cum nihil eorum adhuc invicem traditum est, & ut veteres aliis verbis hoc idem explicant, cum res quæ ex obligatione præstanda est, non est secuta. Sic enim verba sunt *L. 3. L. 5. §. ult. D. de resc. vend.* Hoc ergo dicimus emptione contracta, recte ab ea consensu discedi, ubi neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum est: quoniam hæ sunt res quas ex emptione sequi & præstari oporteat. Idque ita explicatur in *§. ult. Inst. quib. mod. toll. obl.* & *L. 2.* in fin. *D. de resc. vend.* Idemque est, si restitutis iis quæ unus iam præstitisset, convenisset ne quid deinceps invicem ex ea caussa præstaretur. *d. L. ab emptione*, vers. *nec quidquam D. de pact.* Quod si horum quid secutum erit, nec restitutum, frustra convenerit postea, ut ab emptione recedatur: manebit enim nihilominus emptio, quia convenerit non rebus integris. *d. L. ab emptione*.

X. Sed cur hic minus valet conventio ad rescindendam emptionem quam interposita rebus integris, cum sit eadem conventio. Et in *d. L. ab emptione*, in fin. redditur ratio paulo obscurius: quæ si explicetur, talis futura est: quia scilicet cum aliquid ab alterutro ex contrahentibus traditum est puta a venditore res vendita, & convenit, ut ab emptione discedatur; non solum id agitur, ut non teneatur alter alteri, sed etiam ut quod ab uno traditum est, id ei retradatur, restituanturque omnia in pristinum statum, ut fieret si nulla emptio intervenisset. Proinde & conventione id agitur, ut ad id petendum nova sit obligatio, nova actio; quoniam sine actione id exigi ab invito non potest. Atqui hoc nudo consensu non potest effici: est enim certi iuris regula, ex pacto, id est consensu solo actionem non nasci. *L. legem*, *C. de pact. L. iurisgentium*, *§. quinimmo*, *D. eod.* Quo fit, ut ad eam rescissionem, quæ superiore conventione petitur, ea conventio sit inutilis.

XI. Cur igitur aliud servatur, cum ab initio eadem conventio interposita est rebus non minus integris? Et ita est ius certum de pactis, quo illa tempora distinguuntur, ut pacta in continenti seu in negotio gerendo interposita actionem pariant: secuta autem ex intervallo, id est obligatione iam simpliciter contracta, non petitionem pariant, sed solum exceptionem. *L. in bonæ*, *C. de pact. L. iurisgentium*, *§. quinimmo*, *D. eod.* Merito: illa enim ut contractum efficientia, pars sunt contractus, ex quo & actione propria contractus utuntur. Hæc ut adhibita re iam contracta, pars contractus esse non possunt: ut necesse sit ea non contractus, sed suo proprio iure valere. Ipsum autem pactum omne, si nihil aliud nisi pactum est, iure civili, ut dixi, obligationem, seu actionem non parit. Dixi rem integram videri obligatione iam contracta, cum nihildum præstitum est eorum, quæ ex contractu præstari oportet. Recte. Nam si quid præstitum sit invicem, quod non fuerit necesse ex obligatione præstare, etsi præstita sunt per caussam contractus; nihilominus res adhuc integra est, & ab obligatione recedi potest nudo consensu. Huius generis sunt in emptione arrha, & fideiussor. Emptor arrham dare solet; sed dare non cogitur. Fideiussorem dat interdum vel ipse de pretio, vel venditor de rei evictione; sed uterque nulla necessitate obligationis. Intelligendum est igitur, si quid horum intervenerit, nihilominus tanquam rebus integris nudo consensu ab emptione recedi posse: ut arrha quidem data repeti possit postea actione ex empto, aut condictione ob caussam dati re non secuta: fideiussor autem emptionis nomine acceptus ipso iure liberetur. Hoc de arrha scriptum est ad illam sententiam in *L. ex empto*, *§. is* qui

qui vina, *D. de act. empt. de fideiusso-re in L.* 3. *D. de resc. vendit.*

XII. Hactenus illa conditio ex re & statu præsenti ducta, qua placet obligationem nudo consensu contractam nudo consensu contrario dissolvi, dum consensus ad eam re intervenerit rebus integris, sive id fiat initio contractus, sive re iam contracta. Altera conditio est, ut proposuimus, posita in personis contrahentium, ut ab emptione contracta, & similibus obligationibus recedi possit consensu & rebus integris, si etiam ea persona est utriusque emptoris & venditoris, ut uterque alterum possit liberare. Quod si unus remittere alteri obligationem non poterit, conventio nihil aget, manebitque in utriusque persona obligatio, quæ in utriusque persona solvi non potest. Utputa, emit quis a pupillo tutore auctore, quo modo obligationem iure contrahi constat. *Inst. de act. tut.* Deinde inter emptorem & pupillum convenit sine tutoris auctoritate, ut ab emptione abiretur. Emptorem quidem in proposito constat nec liberatum esse a pupillo, nec potuisse liberari, quia pupillus deteriorem conditionem suam sine tutoris auctoritate facere non possit. *Inst. de auct. tut.* At potest venditor maior annis, & qui sui iuris est, pupillum liberare si velit, nec in eo cuiusquam auctoritate indiget. Quidni ergo in proposito pupillum iure liberatum dicamus, emptorem autem qui liberari non potuit, etiam nunc pupillo teneri? Sed placet, cum pupillus emptorem obligatione liberare non possit, ne pupillum quidem ab emptore liberari, & ideo empti obligationem in utriusque persona manere. Non enim bonæ fidei iudicium pati, ut ex hac caussa unus liberetur, alter obligatus maneat. Hoc in *L. si id quod*, §. 1. *D. de resc. vend.* Ac quid prohibet, quæret aliquis; cum possit unusquisque pacto deteriorem conditionem suam facere? *L. pactum*, *D. de pact.* Posset vero & in proposito id emptor efficere pupillum liberando, si hoc ageretur, ut liberaretur tantum pupillus, ac non ut utrimque discederetur ab emptione. Nunc cum id agatur, & non possit discedi tamen, bona fides exigit, ut servetur quod actum est; ac proinde ut nec pupillus liberetur, atque hoc modo maneret utriusque obligatio. Et hoc est quod dicitur in *L.* 1. *D. de resc. vend.* pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non posse: & ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicendum non valere eiusmodi pactionem.

XIII. Neque tamen visa est ea res impedire, ut differitur *ibidem*, quominus re a filiofamilias vendita si convenerit inter patrem tantum, & emptorem, ut abeatur ab ea venditione, pactio valeat: non quia placeat emptorem & patrem liberari, filium autem familias obligatum manere: sed quia videatur patre liberato etiam filius obiter, id est per consequentiam, liberari: ut proinde utroque liberato merito utrinque ab obligatione recedatur. At quomodo liberetur filius, cum quo emptori de liberando eo nihil convenit? Id fit hac ratione, quod ex venditione filii cœpit non tantum pretium patri deberi, sed etiam ipse rem debere. Quippe hoc conveniens est naturæ emptionis, ut qui pretium ex ea caussa exigere potest, idem debeat ante omnia rem tradere. *L. cum fundus*, §. 1. *D. si cert. pet.* Quod si verum est, non abs re pater, qui rem debet, & cui pretium debetur, conventione superibre dicetur utramque obligationem tollere; quæ sublata non potest amplius ad filium, aut adversus eum pervenire.

XIV. Postquam superiores obligationes consensu dissolvi placet, intelligere debemus dissolvi non tantum aperto, sed etiam tacito consensu. Nam & tacitæ conventiones non minus conventiones sunt, eoque nec minus valent, quam apertæ. *L.* 2. *L* 4. *D. de pact.*

XV. Hinc quibusdam factis sine ulla solutione aut præstatione naturali recedi ab emptione legimus quanvis sine aperta conventione: non sane, quin verum sit extra solutionem non aliter tolli obligationem, quam consensu eorum ad quos res pertinet, ut est divisio a nobis posita: sed quia in his factis inest is consensus, quem ad dissolvendam obligationem quærimus: tacitus tamen, non apertus; quem ideo explicari, & iure certo comprobari oportuit.

XVI. Eorum factorum tres sunt species. Una cum fundus certæ rei contemplatione inter contrahentes habita, exiguo pretio venditur puta, ut emptor venditoris nomine Capuam iret. Hic placet non impleta promissi fide rem traditam posse revocari. *L. cum te*, *C. de pact. int. em. & vend.* Sed eius rei contemplatione venditionem aperte fecisse esse volumus. Alioqui lege emptioni dicta, quamvis emptor legi non pareat non eo tamen magis eo invito emptio rescinditur, *L. ea conditione*, *C. de resc. vend.* Altera species est, cum emptione contracta vel emptor solus venditori, vel solus venditor empto-

emptori acceptum facit, aut aliter eum obligatione empti, qua tenebatur, liberat. Hoc factum consensu alterius admissum sic accipitur, quasi & hic quoque contra alterum liberaret, ut isto modo voluntate utriusque a negotio discedatur. *L.* 5. in pr. *D. de resc. vend. L. ult. D. de accept.* At unde hic consensus colligitur in eo, qui nihil aperte convenit de altero liberando? Ex coniunctione istarum rerum emptionis & venditionis quæ eiusmodi est, ut nec emptor sine venditore, nec venditor sine emptore esse possit. Quæ res facit, ut qui unam partem in sua persona sublatam esse patitur, idem velit & alteram adversario remitti. Tertia species est, si quis rem ab aliquo prius erit, eamdem rursus ab eodem pluris minorisve emat. Etsi nihil hic de priore emptione dissolvenda aperte convenit; tamen etiam hoc factum perinde habetur, quasi ab illa recessum esset. *L.* 2. *D. de resc. vend. L. iurisgentium, §. adeo, D. de pact.* At quomodo recessum, nisi consensu: ubi autem hic consensus? Et hic itidem non apertus consensus est, sed tacitus, qui hoc modo colligitur. Constat non ideo hic posteriorem emptionem interponi, ut duæ essent emptiones, sed una: quoniam ad rem emendam una emptio sufficit, pertinetque huc, quod de stipulatione dicitur, eum qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non teneri. *L. qui bis, D. de verb. obl.* Quorsum igitur secuta posterior, nisi ut aut sit inutilis, aut si manet, per hanc a priore recedatur? Inutiliter adiectam dicere non licet: est enim contra mentem contrahentium, qui aliquid agere voluerunt: estque hæc perpetua voluntatis interpretatio in omnibus rebus contractis, actionibus, & supremis voluntatibus, ut quoad natura rerum pati potest, id accipiatur, quo res de qua agitur, magis valeat, quam pereat. *L. quoties in actionibus, D. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, D. de verb. obl.* Restat ergo, ut intelligatur ideo interposita, quo sola valeret, & per hanc discederetur a priore. Quod & in omni posteriore pacto receptum est, regula in eam rem ita concepta, pacta novissima servari oportere *L. pacta novissima, C. de pact.* Neque enim si contraria sunt, novissimum servari potest, nisi a priore recedatur. Sed meminerimus hoc dicere nos, recedi hoc modo a priore emptione, si idem eamdem rem emat pluris, minorisve, quam ante. Quod si idem emetur postea eodem pretio, posterior emptio nihil aget, non solum si posterior emptio eodem modo contracta erit pure, sed etsi quod pure quis emit, emat postea sub conditione, ut posterior emptio aliquid novi habeat præter priorem. *L. si id quod, D. de resc. vend.* Hoc ideo, quod posteriorem hanc emptionem semper necesse est aut nullam esse, aut inutilem. Nullam, si conditio eius deficit. Inutilem, si conditio exstitit, ex qua commissa posterior emptio nihil amplius continebit, quam prior, cum hic eadem sit res, idem pretium, idem emptor & venditor.



CAP.

C A P. X X.

Quæ obligationes nudo consensu non dissolvuntur, eas duobus modis a consensu dissolvi posse, Novatione & Acceptilatione: & De Novatione tum voluntaria, tum necessaria.

I. QUæ obligationes nudo consensu dissolvantur, & quibus conditionibus, diximus. Quas si recte duas esse posuimus, naturalem, & civilem eam, quæ consensu contrahitur, si modo & ab hac recedatur rebus integris, neque plures secundum regulam iuris esse possunt: sua sponte iam intelligitur has omnes so-

lo

lo consensu dissolvi non posse: quæ sunt ex quasi contractu; quæ ex maleficio; quæ ex iis contractibus, in quibus contrahitur obligatio aut re, aut verbis, aut literis; sed & quæ nudo consensu contractæ sunt, si ab his recedatur rebus non integris. Num ergo hæ consensu dissolvi non possunt? Immo possunt, sed non solo; verum cum ad consensum idoneum aliquid quod valeat ad liberationem, accesserit. In quo duæ species iure receptæ sunt: Novatio, & Acceptilatio: de quibus & distincti tituli D. & C. De novationibus, & de acceptilatione. Genus utrumque eiusmodi, quod consensu constet citra ullam solutionem, præstationemve naturalem: sed consensu non solo, verum cui nova obligatio, verba, aut litis contestatio accedant: quod ex unoquoque genere intelligetur.

II. Novatione obligationem præcedentem ipso iure tolli constat. De quo est in §. *præterea*, *Institution. quib. mod. tol. obligat.* Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem [1] transfusio atque translatio: hoc est cum ex præcedenti caussa ita nova constituitur, ut prior perimatur: unde & novationis verbum, quod ex priore obligatione constituatur nova. Sic Ulpianus de re, & verbo novationis in *L. 1. D. de novat.* Fit hæc translatio, proinde & novatio, cum id quod prius debetur, deducitur in novam obligationem, quibus modis iure deduci potest, eo animo, ut prior obligatio novetur. Itaque omnis novatio tres has res desiderat in summa: novam obligationem iure constitutam; veterem obligationem, quæ in hanc deducta sit; & animum novandi. Quæ cum interveniunt, perficitur novatio ab iis, a quibus & liberatio esse potuit: si quid deest, novatio non erit; sed aut duæ erunt obligationes prior & posterior, aut si posterior exitum non habebit, semper salva manebit prior. Duo priora definitio novationis satis indicat, & probat, *L. 1. D. de novation.* tertium etiam iure vetere valuit nunquam novationem fieri, nisi cum id agitur, ut prior obligatio novetur. Definitum in *L. 2. D. eod.* constitutum amplius in *L. ult. C. eod.* sed & de eo paulo post plura.

III. In primis cum de novatione quæritur, quoniam initium liberandi habet a nova obligatione, novam hanc obligationem constitui oportet, cui deinde reliqua accedant, ut in eam deducatur, quod prius debebatur, & deducatur animo novandi. Constitui nova obligatio, in quam transferatur, quod ante ex alia caussa debebatur, duobus tantum modis potest; [2] stipulatione, & iudicio. Stipulatione, cum creditor novandi animo stipulatur id quod sibi debetur, aut aliud pro eo. Iudicio, cum iudicio petiit, quod sibi debetur, & eo nomine litem contestatus est, seu ut idem hoc veteres dicunt, iudicium de eo accepit. His modis novam obligationem constitui constat. De stipulatione ius certum est, quod stipulanti promissum sit, iure civili deberi. §. *de constituta*, *Institution. de action. Institution. de verb. obligat.* in princip. Sed & iudicio contrahi, sicut stipulatione Ulpiani sententia est in *L. 3. §. idem scribit*, *D. de pecul.* dum scilicet reus apud iudicem hoc dicere intelligitur, volo iudicari, & si condemnatus ero, solvam iudicatum: de qua obligatione diximus suo loco inter eas, quæ re contrahuntur.

IV. Neque vero pluribus modis nova obligatio constitui potest utilis ad novationem. Declaratur id, cum dicitur delegatio, quæ est species novationis, fieri per stipulationem vel per litis contestationem. *L. delegare*, *D. de novation.* Item cum extra iudicium dicitur sic novatio fieri, si prior obligatio novetur verbis, si transeat in verborum obligationem. *L. 1. L. 2. D. eod.* Sic fit, ut si quis [3] nudo pacto constituat se præstiturum, quod alius debuit, quanvis novandi animo id faciat, nulla tamen sit novatio. An quod ex pacto nudo non nascitur actio, nisi naturalis? *L. 5. §. Imperator*, *D. de solutionib.* Hæc autem proprie obligatio non est, ex qua actio non competit? *L. fideiussor obligari*, *§. fideiussor*, *D. de fideiussor.* Sed constat etiam naturalem obligationem ad novationem sufficere, si in eam prior obligatio transferatur. *L. 1. D. eodem.* Vera igitur hæc caussa est quod nudo pacto obligatio prior civilis non tollitur, quæ quidem nudo consensu non sit

con-

1) Quam definitionem exponit ac tuetur, obiecta dissolvens, Gœd. *de Contr. stip. C. 5. Concl. 7.* qui hac de materia tractat *d. C. 5. Concl. 6. & 3. seqq. & C. 12. Concl. 2* de qua & Duar. *ad h. t. D.* Donell. noster *ad Rub. & L. 1. ac 3. C h. t* Hortens. *ad LL. D h. t.* P. Greg *21. Synt. 20. & seq.* Parlador. *2. Rer. quotid. C. fi. P. 1. §. 12. unic* 6. Io Vinc. Hondede. *Vol. 2 Cons* 40.

2) Greg. *21. Synt. 20. n 2* primum dispescit Novationem in Novationem specialius dictam & delegationem; illam rursus in voluntariam & necessariam. Hanc (delegationem) iterum in eam quæ stipulatione fit, & quæ litis contestatione, & ita quoque Treutl *P 2. Disp. 29. Th. 5.* Sed rectior nostri divisio, quia delegatio omnis voluntaria.

3) Nec item alio contractu, veluti mandato, ut post alios, contra Bartolum & sequaces probe adstruit, nihil pro eorum sententia facere *L. 45. §. ult. Mand.* ostendens Gœd. *de Contr. stip. C. 5. Concl. 7. n. 90. & seq.*

contracta: verbis & stipulatione tollitur. In stipulationibus enim ius, in pactis factum versatur, ut est in *L. si unus*, *§. pactus*, *D. de pact.*

V. Stipulatione si nova constituitur obligatio, voluntaria hæc constitutio est: interponitur enim stipulatio inter volentes ex consensu. *L. inter*, *§. 1. L. continuus*, *§. 1. D. de verb. obligat.* Iudicium & litis contestatio si intercedit cum eo, adversus quem actio erat, suscipitur necessitate huius iudicii obligatio, quoniam iudicium redditur in invitum, *d. L. inter*, *§. 1. de verb. obligat.* Quo fit, ut si ex utraque re novationem fieri posse volumus, recte appellaturi simus illam novationem voluntariam, hanc necessariam. Et vero illam quæ per stipulationem fit, aperte voluntariam novationem vocat Paulus in *L. aliam*, *D. de novat.* cui cum idem opponat iudicium acceptum, & ab ea tanquam alteram speciem eiusdem generis separet, satis declaret se & in iudicio accepto novationem ponere, & eam necessariam. Non enim est alia, quæ voluntariæ recte opponatur, *L. alienationes*, *D. fam. erc.* Sed & de hoc genere paulo post amplius. Quod si his modis pariter obligatione constituta eodem modo fieret novatio, & pari effectu, nihil necesse esset hæc genera distinguere, neque nos in his distinguendis de verbis laboraremus. Nunc cum hæc genera novationis sint longe inter se diversa, sive rationem constituendæ obligationis, sive liberationis effectum spectes; necesse est iam ab initio hæc ipsa distingui, & ut res notæ sint, ipsa genera suis illis nominibus, quæ dixi, notari.

VI. Sint ergo novationis genera hæc duo, Voluntaria, & necessaria. Voluntaria novatio est, cum nova obligatio novandi caussa constituitur per stipulationem, interdum & per litis contestationem iudicio nulla necessitate obligationis aut actionis suscepto. Per stipulationem hoc modo inducitur nova obligatio, ac per hanc novatio, cum creditor quod sibi debetur, vel aliud pro eo stipulatur a debitore vel ab alio quovis novandi caussa; inter quos modo ea novatio & liberatio transigi potest. Continet hæc summa breviter eas partes, quibus constat hoc genus novationis: quas distincte proponi, & sigillatim tradi non utile est tantum ad docendum; sed ideo necesse, quia habent singulæ suas leges, quas observari & teneri oporteat, sine quibus aut non contingit novatio, aut an contingat, iuste dubitetur. Sunt igitur in hoc genere novationis tria, quibus constat & perficitur novatio; obligatio nova; obligatio vetus, quæ in novam deducitur; animus novandi. Sunt hæc quidem omnium novationum communia: sed in novatione voluntaria sunt eiusmodi, quæ certis & propriis rebus consistent; quas res in singulis istis partibus huius generis nunc quærimus.

VII. In nova obligatione, quam hic ad novationem constitui volumus, hæc insunt; stipulatio, unde hæc obligatio est; conceptio stipulationis; res promissa; personæ stipulantis & promittentis: quorum singula quid postulent, videamus. Sunt enim eiusmodi, ut aut certo modo constituta esse oporteat, aut an esse debeant, nonnulla sit dubitatio. Quorum utrumque explicatione & definitione certa indiget. Primum hic stipulationem esse volumus; ut intelligatur iam a principio omnem hic consensum nudum ad novationem prioris obligationis non nudo consensu contractæ inutilem esse. Id etiam supra attigi. Idque est, quod dicitur in *L. 1. D. de novat.* qualiscumque obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis posse: verbis, id est stipulatione. *Inst. de verb. obl.* in pr. item in *L. 2. eod. tit.* omnem obligationem novari posse & transire in verborum obligationem. Verborum obligatio est, quæ nascitur ex stipulatione, aut ipsa adeo verborum conceptio, quæ nos obligat, id est stipulatio. Idem exigitur in *L. 3.* in fin. *C. eod.* Iam ante dixi ideo ad eam obligationem novam, quam hic quærimus, stipulationem valere, alium autem consensum nudum esse inutilem, quia stipulatione prior obligatio tolli potest; pacto non item. Novatio autem ad priorem obligationem tollendam comparata est.

VIII. Conceptio stipulationis novantis etiam hic spectanda: non enim ex quavis contingit novatio, aut non simpliciter. Conceptio stipulationis omnis in eo est, ut quod promittitur promittatur pure, aut in diem, aut sub conditione. *§. omnis*, *Inst. de verb. obligat.* De stipulatione pura non dubitatur, quin utilis sit ad statim novandum, cum non suspendat, aut differat obligationem. De ea quæ in diem sit, aut sub conditione, dubitatur; quia hæ obligationem aut suspendunt in totum, aut videntur differre. Nos autem ad novationem quærimus novam obligationem præsentem. Et placet etiam ex novatione in diem facta, statim novationem contingere. *L. 5. L. si Stichum*, 8. in fin. princ. *D. de novat.* merito: nam & hic quoque præ-

præsens obligatio eſt; etſi in diem differtur petitio. *L. centeſimis*, in princip. *D. de verb. obligat.* Tantum hic monendi ſumus, etſi hoc genere ſtatim prior obligatio novatur; non tamen ſtatim ex ea ſtipulatione agi poſſe, ſed tunc ſolum, cum die venerit: quæ & cæterarum obligationum in diem conceptarum lex eſt & conditio communis. *d. L.* 5. *D. eod.* §. *omnis*, *Inſt. de verb. obl.*

IX. Quod ſi quod debetur, novandi cauſſa promittatur ſub conditione, hic non ſtatim fit novatio, ſed tunc demum, cum conditionalis ſtipulatio commiſſa fuerit. Quæ vero ſtipulatio non committitur, ex ea novatio contingere non poteſt. *L. novatio*, *D. de novat.* Dicitur commiti ſtipulatio conditionalis, cum exſiſtente ſtipulationis conditione cœpit ſtipulatio in ea cauſſa eſſe, ut inde naſcatur obligatio, & ſi favor perſonæ promiſſoris non impediat, ex ea agi poſſit. §. *ſub conditione*, *Inſt. de verb. obl.* Id cum accidit, ideo fiet novatio, quia nova illa obligatio nata eſt, quam hic quærimus. Hinc recepta illa novatio, cum novationis cauſſa ſtipulamur ab aliquo, non quod iam nobis deberur, ſed quod Titius debiturus eſt poſtea, hoc modo: quod a Titio ſtipulatus fuero, date ſpondes? Placet in hac ſpecie ſi poſtea a Titio ſtipulatus ſim, fieri novationem, & te ſolum teneri: quia ſcilicet a te ſtipulatus ſim ſub conditione, ſi a Titio ſtipulatus fuero. *L.* 6. *D. de leg.* 1. quæ conditio tunc impleta, cum ab illo fuero ſtipulatus, eodem tempore & priorem ſtipulationem committit, & Titii obligationem novat: hoc in *L. ſi Stichum*, 8. §. 1. *D. de novat.* Quod ſi quid eorum deſit, quibus fit, ut ex conditionali ſtipulatione agi poſſit: quia nova obligatio nata non eſt, ideo nec ex ea ſtipulatione quæ non committitur, novatio continget. Ea autem tria ſunt; ſi conditio exſiſtat, ſi eodem tempore res ſit, quæ præſtetur; ſi item & perſona, quæ obligetur; Nam & conditione deficiente nulla obligatio naſcitur: *L. cedere*, *D. de verb. ſig.* & ut maxime exiſtat conditio, tamen nec ſine re quæ præſtetur, ulla eſſe poteſt obligatio, nec ſine perſona, quæ debeat. Hinc placet, cum quod debetur, promiſſum eſt ſub conditione, novationem non contingere tribus temporibus. Uno, ſi conditio defecerit. Altero, ſi pendente conditione res promiſſa interierit. Tertio, ſi perſona promiſſoris pendente conditione fuerit deportata: ubi ſcilicet cum exſtitit conditio, non eſt perſona, quæ obligetur: hæc ſumma *L. quoties*, *L. ſi rem*, in princip. *D. de novation.* De promiſſore deportato recte hoc dictum, qui alium heredem non habet, etſi fiſcus bona occupando poſtea pro herede habetur. Non pertinet ad promiſſores cives Romanos, quibus pendente ſuperiore conditione decedentibus, quanvis ante aditam hereditatem conditio exſtiterit, nihilominus fit novatio: quoniam his mortuis cum exſiſtit conditio, eſt heres ad quem ſtipulatio tranſit: ſi non heres, at certe hereditas, quæ interim defuncti perſonam ſuſtinet. *L. novatio*, *D. de novat.*

X. Illud monendi ſumus interdum & ſtipulationem novam, quæ conceptione pura eſt, ex re ipſa conditionem accipere. Nam ſi quod ſub conditione debetur, deductum ſit pure in ſtipulationem novandi cauſſa [4] non tamen ſtatim fiet novatio, ſed tunc cum prioris obligationis conditio exſtiterit: ſcilicet quia nec prius obligatio eſſe poteſt, quæ novetur. *L. ſi Stichum*, 8. in princip. *D. eod.* Dixi, ſi quid prius deberetur ſub conditione. Nam ſi quod debetur in diem in ſtipulationem fuerit deductum, ſtatim fiet novatio: quia & ante obligatio conſtitit, quæ novaretur, etſi nondum nata eſſet petitio. *d. L.* 8. in pr. *d. L.* 3. *D. eod.* Sed verius eſt, ne hic quidem ex poſteriore ſtipulatione ſtatim agi poſſe, antequam dies venerit, quaſi in poſteriore ſtipulatione repetito die. Significatur hoc obſcurius in *d. L.* 3. ſed certum argumentum præbet exemplum acceptilationis: de qua in *L. quod in diem*, *D. de accept.*

XI. Rem ſtipulatione novante promiſſam ita eſſe neceſſe eſt, ut aut promittatur idem, quod prius debebatur, aut aliud pro eo. Utrumvis horum factum erit novandi cauſſa, novatio continget. Primum ſi creditor ſtipuletur idem novationis cauſſa, quanvis ab eodem debitore, [5] placet nihilominus priorem obligationem novari, & ſolum ex poſteriore actionem ſupereſſe. *L. qui uſumfructum*, 58. in fin. *D. de verb.*

4) Ubi ratio, quia obligatio ante novari & perimi nequit, quam eſſe incipiat. Atqui ante eventum conditionis nondum nata obligatio; Hortenſ *ad L.* 5. *h. t.*

5) Nam etſi nihil plane amplius in poſteriore ſtipulatione, novatio tamen contingebat, ſi id perſpicue actum etiam iure veteri. Nec obſtat § *praeterea* 3. verſ *ſed ſi eadem I. Quib. mo. toll. obl.* Nam ibi ius vetus proponitur & refertur, quo ſi nihil expreſſe cautum erat, alias enim ceſſant coniecturæ, recurrebant ad coniecturas, in quibus inter alias ea regula, ut quoties obligationi priori aliquid adiiceretur vel detraheretur, tacite de novatione actum cenſeretur, vid. Gœd. *de Contr. ſtip.* C. 5. Concl. 8. *n.* 97. *& ſeqq.* Diſſ. Duar. *h. t.* C. 2. & alii a Gœd. citati & quodammodo Parlad. 2. *Rer. quotid.* C. *fin.* P. 1. C. 12. *limit.* 6. *n.* 43.

verb. obligat. Nec quisquam hic nobis dicat, absurdum esse novationem fieri, ubi posterior stipulatio aut nulla est, aut est inutilis: hic autem posteriorem istam videri inutilem, utpote quæ contineat solum idem; quod prior. Est enim posterior re vera inutilis creditori, sed non item promissori, qui priore obligatione liberatur, neque id sine fructu, de quo dicetur in vi & effectu novationis. Sed etsi creditor stipuletur aliud novandi caussa, quanvis ab alio quam a debitore, non minus novatio continget; ut si fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est, postea stipuletur novandi animo. *L. fundum, D. de novat.* Quidni? nam & aliud pro alio volente creditore solvi potest. *L. manifesti, C. de sol.* Hæc autem novatio creditori pro solutione est, cum alterius rei promissione contentus est ad liberationem.

XII. Sane si res alia promittitur, eam esse oportet, quæ a promissore transire possit ad creditorem. Quod si de re certa in novam obligationem deducenda actum est, & ea ad creditorem non potest transire, nec fiet novatio: quia nova eius rei obligatio constitui non potest; *L. si mulier, 59. §. 1. D. de iur. dot.* & sine hac obligatione nulla est novatio. Id accidit, cum debitorem nostrum a quo nobis debetur, quod personæ nostræ cohæret, puta usufructus, usus, habitatio, delegamus creditori nostro, ut idipsum creditori promittat novandi animo.

XIII. Quam ad rem exstat apud Ulpianum in *L. 4. D. de novat.* species ex facto, & sententia huiusmodi. Est aliquis debitor meus, qui mihi vendidit usumfructum fundi Corneliani, id est eum usumfructum, quem mihi constitueret in fundo Corneliano. Nondum constituto eo usufructu eoque cum adhuc eius usufructus debitor meus esset, eum ego delegavi, id est vice mea reum dedi tibi creditori meo, ut quem usumfructum mihi debuit in fundo Corneliano, eum tibi promitteret novandi animo, ego a te ea novatione liberarer. Ille delegatione admissa promisit tibi usumfructum fundi Corneliani, ac promissum tibi constituit, ut sic usufructus tuus esse inciperet in eo fundo. Quæsitum est, an ego liberarer. Ait Ulpianus non novari obligationem meam; significans me creditori meo teneri, ut prius: quia non possim in proposito liberari, nisi novatione; hæc autem nulla in hoc facto intervenerit. At quamobrem nulla, cum hic nova stipulatio intervenerit promittente eo qui se obligare potuit, idque novationis animo? Nempe ideo, ut dixi, quia id actum est, ut debitor meus promitteret usumfructum quem mihi debuit; qui ut præstari alteri non potest, sic nec eius obligatio nova cum alio constitui ad eum præstandum; est enim eiusmodi, cuius obligatio personæ meæ cohærens ad alium transferri non possit, quod de omni obligatione personæ cohærenti scriptum est in *d. L. si mulier, 59. §. 1. de iur. dot.* Qua ex re etiam illud summo iure accidit, ne debitor meus ea delegatione a me liberetur: quia delegatione non est consecutus, quod volui, nempe ut liberarer. Et hoc ibidem admittit Ulpianus; sed addit, quanvis debitor meus eo facto non liberetur a me ipso iure; tamen exceptione doli vel in factum debere eum tutum esse adversus me. Merito: quia cum ille mandatu meo se obstrinxerit ad usumfructum fundi Corneliani constituendum, eumque constituerit, non est æquum factum meum illi nocere. At quandiu totus erit adversus me ista exceptione? Subiungit Ulpianus perpetuo tutum fore. Ait enim id ita futurum, non solum donec usufructus creditori meo a debitore constitutus manet creditoris, quod fit quandiu vivit; sed etiam postquam is ususfructus eius interiit, quod fit eo mortuo. Sed cum morte creditoris usufructus ad debitorem meum redeat, atque ita iam usufructus illi non absit, cur non liceat eum mihi iam ab illo petere, cum dixerimus eum a me non liberatum, nec sit iniquum petere, quod illi facto meo abesse desiit. Significat Ulpianus id esse caussæ, quod si ego morerer vivo creditore meo, cui debitorem istum delegavi, nihilominus post mortem meam maneret usufructus creditori constitutus: cœpit enim ea constitutione usufructus eius esse; ut proinde non nisi morte eius finiri debeat. Quod incommodum cum debitor ex persona creditoris sentiat in eo usufructu: æquum est, ut si quod est commodum ex eadem persona, id quoque in eo usufructu ad debitorem pertineat, ex regula naturæ. *L. secundum, D. de reg. iur.* Id autem tale est, ut quemadmodum ex creditoris persona dum vivit, durat usufructus; ita eadem persona sublata usufructus, qui in eius persona consistebat, omnino finiatur: quod ita fiet, si illo mortuo nunquam ad me redeat: hæc inquam, [6] sententia est. *L. 4. D. de novat.* loci, ut confitentur omnes

6) Convenit expositio Hortensii *ad. d. L. 4.* quia in dolo videor hanc rationem afferens, quod delegatio mea non

omnes, subobscuri. Ex quo saltem intelligimus, quod huc pertineat, in eas res quæ debitæ nobis, personæ nostræ cohærent, non cadere novationem, si debitor delegantibus nobis eas res promittat creditori nostro licet novationis caussa.

XIV. In personis novam istam obligationem contrahentium sunt, qui stipulatur, & qui promittit. In his quæritur, quis stipulari recte possit quod prius debetur, quis stipulanti promittere, ut novare præcedentem obligationem ille stipulando, hic promittendo possint. Et si de stipulatore quæritur; cum novatio liberatio sit, perspicuum est omnem stipulando novare posse, qui & debitorem liberare potest: & contra cui liberandi debitoris ius non est, huic nec novandi ius esse.

XV. Quæremus igitur, cui hoc modo ius sit debitoris liberandi. De quo ita facile statuemus. Quisquis stipulatur novandi animo, quod ante debetur, is aut creditor est cui id debetur, aut alius. Si creditor; omnis utiliter stipulatur, & stipulando novat, qui & liberandi ius habet: nisi cui adempta sit bonorum suorum administratio: consimiliter plane, ut in solutione fieri diximus, quæ admittitur a creditore liberandi debitoris caussa. In hoc numero posteriore sunt prodigi, pupilli, adolescentes, nisi aut meliorem conditionem suam faciant stipulando, aut rem gerant tutorum, curatorumve auctoritate. Ideo hi extra has conditiones negantur novare posse suas obligationes: cæteris hoc ipso id concessum intelligitur. *L.* 3. *L. novare*, *D. de novat.* Quod si alius quam creditor, stipulabitur animo novandi eius quod creditori debetur, quia is rei dominus non est, sed solus creditor, dicemus id eum facere solum posse, qui iure & potestate creditoris in eo utitur. Quorum genera in quæstione de potestate solvendi, duo esse diximus: unum eorum, qui iure in rerum alienarum administratione pro dominis habentur: in quo sunt tutores & curatores: alterum eorum, qui voluntate domini eiusdemque creditoris rem administrant. Hinc placet tutorem pupilli, curatorem furiosi, prodigi adolescentis horum obligationem novare, si dominis hoc expediat. 7 *L. novare*, 20. *L. ult.* §. 1. *D. de novat.* Cæteros non aliter, quam si his voluntate creditoris datum sit obligationem novare. Datum intelligitur procuratoribus, si aut his omnium bonorum [8] administratio mandata est, aut id ipsum permissum nominatim; ut novarent, aut procuratores in rem suam dati sunt, id est, ii quibus creditor cessit actiones suas. Certe hos omnes iusiurandum deferre posse traditur in *L. iusiurandum quod ex conventione*, §. *ult.* *D. de iureiur.* De procuratore omnium bonorum, hunc novare posse, si expediat, diserte scriptum in *L. novare*, *D. de novat.* Huic similes sunt filius & servus quibus peculii administratio permissa est. Ideo & novandi quoque peculiaria debita ius habent, dum administrent, non donent. *L. ult.* in princ. *D. eod.*

XVI. Qui in superiorum numero non sunt, quia voluntate creditoris non utuntur ad novandum, novare non possunt: id est stipulando vel a debitore, vel ab alio novandi caussa, debitorem priore obligatione non liberant. Nam nec debitorum, nec cuiusquam alterius pactionibus aut facto, creditorum petitio tolli aut minui potest. *L. servus. L. debitorum. L. filius, C. de pact.* & ut generaliter dicetur, nemo alterius conditionem potest facere deteriorem, nemo alteri ius suum detrahere. *L. solvendo*, *D. de negot. gest. L. non debet alteri*, *D. de regul. iur. L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Idque adeo verum est, ut quanvis ex istis aliis sint aliqui, quibus alioqui voluntate creditoris solvi possit, non ideo tamen veterem obligationem novare possint. *L. non ideo*, *D. de novation.* Longe enim aliud est solutum accipere, aliud novare. Qui solutum accipit, habet pecuniam quam præstet creditori: qui novat, nihil accipit præter obligationem meram, quam nec ipso iure potest in creditorem transferre. In hoc numero sunt, adiectus stipulationi; servus & filiusfamilias in nummis peculiaribus creditis; is cui

non valeat. Nec audiendus contra factum proprium, ceu non iure factum, controversiam movens *L.* 25. *de adopt.* Tutusque debitor finito usufructu etiam, ideo quia lucrum invidendum non est ex delegatione mea illi, qui ex eadem simile incommodum sentire potuit. Vid. & Io. de Castillo *Contr. quotid. de Usuf.* C. 62. Cæterum nihil necesse est in *d. L.* 4. pro *videbimus* substituere *tuebimur* vel *tuebitur* vel *tutus erit*, ut Hortens. *d. l.* Recte enim videbimus id est dispiciemus, expendamus rationibus, ut & alibi.

7) Pupillus autem nequit, etsi ei expediat per *d. L.* 20. *princ.* vid. Cuiac. 25. *Obs.* 28.

8) Vel ad hoc specialiter constitutus. Non autem alius, ad exigendum & solutionem accipiendam datus *L.* 4. *C. h. t.* P Greg. 21 *Synt.* 20 *n.* 5. Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Novat pag.* 382. Ne igitur dicas, cum Hotom. 8 *Obs.* 59. neg. *d. Leg.* 20. deesse & rectius legi *una item procur. etc.* Vel saltem illa verba *tutor potest, si hoc pupillo expediat*, parenthesi includenda ut idem reddatur sensus, ne obstet *d. L.* 4. *h. t.* Quæ imo non obstat, cum nominatim loquatur de Procuratore speciale mandatum exigendi habente.

de pecunia exigenda aut soluta accipienda mandatum est. Hæc autem ita se habent. Si stipulatus sim mihi aut Titio dari, recte Titio mea voluntate solvitur. *L. vero*, 12. *D. de solut.* §. *plane*, *Instit. de inut. stipul.* Titius tamen novare non potest. *L. cui recte*, *D. de novat.* Servus & filiusfamilias si peculiares nummos crediderint, recte his solvitur. *L. si servus*, 32. *L. quod servus*, 34. *D. de sol.* Nemo tamen eorum per se novare priorem obligationem iure potest. *L. servus. L. non ideo*, *D. de novat.* Item si mandaverim Titio procuratori, ut pecuniam a debitore meo exigeret, aut iusserim debitorem Titio solvere; in utraque specie debitor Titio solvendo liberatur: neutrubi tamen Titius stipulando id possit novare: quia non hoc ei permissum est. *L. 4. C. de novat. L. si debitorem*, *D. eod.* Et ideo, quod ita definitur in *L. cui recte*, *D.* hoc titul. *cui* 9 *recte solvitur*, eum etiam novare posse: excepto Titio adiecto, qui novare non potest, licet recte ei solvatur: id sic accipiendum est, ut sub persona Titii adiecti intelligantur omnes personæ similiter exceptæ; quibus scilicet concessum est voluntate creditoris, ut his solvi posset, nihil amplius. Nam cur eas res aut personas, in quibus eadem ratio est distinguamus quod ius vetat, *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Sic ergo locus accipiatur, quasi in extremo ita scriptum esset. Idem & in omnibus similibus personis, quibus permissum est solvi, intelligendum est. Sciendum est tamen, quanvis quis, cui nec de pecunia exigenda, accipiendave quidquam permissum esset a creditore, stipulatus sit a debitore eius novandi animo, si creditor postea ratum habeat, novari obligationem. *L. si quis absente*, *D. de novat.* Novaretur enim, si quid de ea novanda mandatum esset. Ratihabitio autem mandato comparatur: fieretque hoc idem & in solutione. *L. vero*, 12. in fin. *D. de solutionib.*

XVII. In persona promittentis non idem ius est, quod in stipulante: planeque in his idem servatur, quod in solutionis liberatione. Si cui solvendum est, soli creditori recte solvitur, aut alii voluntate eius; quia is solus liberandi ius habet. At cum de solvente agitur, non debitor solus recte solvit, sed & extraneus quivis pro debitore solvendo eum ignorantem & invitum liberat. *L. solvere*, *D. de solut.* Ita est & novatio. Solus stipulando ac velut novam obligationem accipiendo recte novat creditor, aut alius voluntate creditoris. In promittendo autem ita ius est, ut sive debitor ipse promittat stipulanti creditori, vel alii voluntate eius, sive alius quivis, si novandi animo id fit, novatio contingat, & debitor liberetur. Debitore promittente nulla dubitatio est; eum & liberetur ipse priore obligatione: in quo cuivis concessum est sibi consulere: & potest quisque seipsum obligare. De iis loquor, quibus bonorum suorum administratio non est interdicta. Nam prodigi, pupilli, adolescentes promittentes quod debeant, si in deterius mutent obligationem, eam novare non possunt: si in melius, possunt. *L. 3. D. de novat.* De alio quam debitore potest dubitari propter exemplum creditoris: qui solus, ut dixi, stipulando obligationem novare potest; alius nisi eius voluntate non potest. Sed multum distat, utrum stipulando actionem creditori invito adimas, an promittendo creditori volenti debitorem liberes. Deteriorem conditionem alterius facere non possumus: meliorem possumus & ignorantis & inviti, *L. solvendo*, *D. de negot. gest.* Placet igitur, si quis sit, qui alioqui in re sua se obligare possit, si idem pro debitore promittat creditori novandi animo, eum novare obligationem, & debitorem liberare. Idque ita dicimus, ut in circumstantiis huius extraneæ obligationis, nihil intersit ad novationem, neque quis promittat, neque quo dante, neque quomodo obligationem novam ad eam rem suscipiat.

XVIII. Primum in persona extranei promittentis nihil interest, quis sit neque in qualitate personæ, neque in facultatibus. In qualitate personæ ad obligationem constituendam pertinente est, si quis hac conditione personæ obligari possit civiliter, aut non possit. Hoc ergo est quod volumus: quisquis extraneus promittit novandi animo, novat præcedentem obligationem debitoris, sive civiliter obligari possit verbis, sive non possit, dummodo liber sit, & obligetur naturaliter. Ut puta, creditor quod sibi a Titio debebatur, stipulatus est a pupillo sine tutoris auctoritate. Pupillum non obligari constat nisi naturaliter, *L. 1.* in fin. *D. de novat.* eoque nec a pupillo exigi ea pecunia potest, ut est conditio obligationis naturalis. *L. naturalis*, *D. de oblig & act.* Placet tamen novationem fieri, ut & prior debitor liberetur, & nihilominus posterior stipu-

9) Per verba *cui recte solvitur* expone cum Goth. qui iure suo solutum recipit, non qui nudum ministerium præstat.

ſtipulatio ſit inutilis, atque hoc modo res creditori pereat. §. *præterea*, *Inſt. quib. mod. tol. obl. d. L.* 1. in fin. *de novat.* Et hoc eſt, quod dicitur in definitione novatio eſſe prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfuſio, *d. L.* 1. Sane ſi ſervus idem promittat novandi cauſſa, non fit novatio, ſed prior debitor perinde obligatus manet, quaſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. *d. §. præterea, quib. mod. tol. oblig.* Non quod non obligetur ſervus naturaliter: *L. ſervi, D. de oblig. & act.* ſed quod iure civili quædam ſunt cauſſæ, quæ ita in ſervo improbentur, ut ſi cum eo intervenerint, ne interveniſſe quidem videantur. Unde nec ex his detur in dominum actio de peculio: cuiuſmodi ſunt iudicium, compromiſſum, iuſiurandum. *L.* 3. *§. ſi ſervus. L.* 5. *§.* 1. *D. de pec.* Et in hoc numero habetur ſervi [10] interceſſio, *d. L.* 3. *§. ſi filiusfamilias*, *§. Iulianus, de pec.* Eſt autem genus interceſſionis alienam obligationem in ſe ſuſcipere, sive debitor accedas, ſive obligationem in te transferas, quod fit novatione. *L.* 2. *§. ult. D. ad Vell. L.* 1. *C. eod.* Sed nec in perſona extranei promittentis refert, quibus ſit facultatibus, ſolvendo ſit, an non ſit. Qui promittit creditori pro debitore novandi animo, quamvis non ſit ſolvendo, atque adeo nihil habeat in bonis, tamen prior obligatio novata eſt, & debitor liberatus. Idque ita eſt, quamvis debitor hunc ipſum promiſſorem delegaverit creditori. Bonum enim nomen promiſſoris, inquit Paulus, feciſſe videtur creditor, qui admiſit debitorem delegatum. *L. inter, §. abeſſe. D. mand.*

XIX. Secundo loco cum alius quam debitor promittit idem creditori, aut eamdem obligationem ſuſcipit, hoc dicimus ſic eum novare priorem obligationem, ut nihil interſit, quo dante & impellente id faciat, utrum dante & delegante debitore, quam liberari volumus, an vero ſe ipſo dante, & ultro ad debitorem novatione liberandum accedente. Si quis debitore ipſo dante promittat debitoris creditori novandi animo, minus mirum eſt, ſi novetur præcedens obligatio, & debitor prior liberetur. Contingit enim hæc liberatio voluntate debitoris. Certe hoc modo liberari eum conſtat. Eſt enim hæc datio id factum, quod in uſu iuris dicitur delegatio: ſi quidem delegare eſt vice ſua alium reum dare. *L. delegare*, 11. *D. de novation.* ideſt, alium debitorem qui tranſlata a nobis obligatione, ſe in locum & vicem noſtram ſubſtituat. Id autem non fit aliter, quam novatione. Hinc delegatio ſpecies novationis quæ huc pertinet: qua eadem delegantem debitorem maxime liberari conſtat, ubi is vice delegantis ſe reum fecit creditori cui delegatus eſt, novationis cauſſa. *L.* 3. in fin. *C. de novat.* Hinc tituli de novationibus *D.* & *C.* concepti in hæc verba: *De novationibus & delegationibus:* ut ſit ſenſus: De genere novationum, & peculiariter de ea ſpecie novationis, quæ dicitur delegatio. Hæc ſpecies in hoc genere idcirco præcipue notata eſt a veteribus, quod quædam [11] propria ſunt eius ſpeciei, cum in novatione ipſa facienda, tum in effectu novationis; quæ cum iuſtam dubitationem haberent, neceſſe fuit ea certius confirmari.

XX. In novatione facienda ex hac cauſſa hoc præcipitur; nec invito creditori quemquam delegari poſſe, sed tantum [12] volenti, & ultro ſtipulanti creditori. *L.* 1. *C. de novat.* Nec ipſum qui delegatur, delegari poſſe invitum, etiam ſi ſit debitor eius, a quo delegatur creditori creditoris ſui; *L. nec creditoris, C. eod.* & in ſumma, delegationem debiti, niſi conſentiente, & ſtipulanti promittente debitore delegato, iure perfici non poſſe, ut definitio eſt *d. L.* 1. *C. eod* Prius caret dubitatione. Nam qui ad liberandum debitorem priorem offert novam obligationem, quam in ſe ſuſcipiat, offert aliud pro eo quod debe-

10) Ita & Briſſ. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Novat. p.* 384. addens & hanc rationem, quia etiam honorario iure nullus & ἀπρόσωπος eſt ſervus ac ita perſona deeſt, in quam obligatio novata transferatur *L.* 14. *in fi. h. t.* Novatio tamen inutilis propter perſonam ſervi, proficit ad pactum, ſi ea peculiari cauſſa ſervus novandi animo, pro ſuo creditore, cui tantum debet, expromittat. *L.* 30. *de pact.* ubi Cuiac. & Hotom.

11) Vult. *in §. præterea* 3. *I. Qui. mo. toll. obl. n.* 2. *& ſeqq.* Delegationem a Novatione differre ſubiectis & forma. Delegatio, ait, eſt mandatum, quo creditor iubet debitorem ſuum, ut quod ipſi debet, promittat alii. Cui mandato ſi paretur, tum ſequitur novatio & perficitur delegatio. Delegationis partes duæ: Mandatum quod præcedit, eſtque origo ac cauſſa delegationis. Ac ſtipulatio novandi cauſſa, eiuſdem exſecutio ac exitus. Novatio per ſe conſiderata ſimplex eſt; delegationi autem ſemper coniuncta novatio, Hortenſ. *ad L.* 11. *h. t.* Inchoatur, inquit mandato, perficitur ſtipulatione vel litis conteſtatione. Mandatum id aut fit debitori, ut creditori mandantis promittat; aut creditori ut adverſus debitorem mandantis agat, eiuſque actionem exerceat. Sed hic male confundit mandatum actionum cum delegatione. Sane ſi iuſſus debitor promittere, id faciat nudo pacto, nulla delegatio; nec ſi idoneus eſſe deſinat, periculum eius eſt cui promiſit, vid. Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 23. Delegari autem dicitur debitor, non creditor, tum quia nemo delegat niſi quod iure ſuum eſt *L.* 6. *de iuriſd.* tum quia delegare eſt obligationem ſolvere, quod proprium eſt debitoris, Hortenſ. *d. lo.*

12) Delegatio trium conſenſum requirit. Delegantis a quo tamen verba non exiguntur *L.* 17. *h. t.* delegati, & creditoris, vid. Gœd. *de Contr. ſtip. C.* 5. *Concl.* 9. *n.* 108. *& ſeqq.*

debetur. Certi autem iuris est, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Quod autem diximus nec debitorem invitum creditori creditoris sui posse delegari, iustam dubitationem habuit: quæ idcirco certiore definitione fuit amolienda. Nam unusquisque actiones suas adversus invitum debitorem suum cedere potest creditori suo. *L.* 1. *C. de novat.* Quidni igitur & invitum debitorem delegare possit creditori, ubi eadem est actio adversus debitorem? Hoc igitur monemur, ne exemplo decepti idem hic quoque licere putemus. Ac ne moveamur exemplo, longe dissimilia hæc facta sunt ad actionem adversus debitorem nostrum constituendam. Cessio actionum non desiderat operam debitoris: quia geritur res inter cedentem, & creditorem cui ceditur. Nec exigitur hic a reo, ut ullam obligationem novam in se suscipiat, sed ceditur adversus eum actio tantum vetus, eadem quæ fuit apud creditorem cedentem. At & hic si suo nomine ageret, potuit in eam caussam dare procuratorem, qui actionem exerceret. Delegatio [13] autem desiderat debitoris delegati operam & voluntatem. Est enim, ut dixi, novationis genus, quo id agitur, ut delegatus vice delegantis se reum faciat creditori, aut ei promittendo, aut iudicium nomine debitoris suscipiendo. Nemo autem nova obligatione se obstringit nisi volens. *L. sicut, C. de oblig. & act.* Quod ad effectum novationis attinet in delegatione, hic admonemur debitorem delegatum ita teneri creditori cui delegatus est, ut nulla exceptione adversus eum uti possit, qua se adversus delegantem tueri potuisset: & hoc adversus iustam dubitationem, quæ hic quoque aliud suadere videbatur: de quo dicetur amplius in effectu totius generis. Tantum nunc satis est intelligi, cur delegatio, cum sit novatio, desideret propriam tractationem præter cæteras.

XXI. Sed, ut dixi, minus mirum est, si hoc modo novatur obligatio, & prior debitor liberatur, cum liberatio hæc contingat voluntate & opera ipsius debitoris debitorem suum in eam rem delegantis. Hoc dicimus; etsi ultro quis promittat, quod alius debet, novandi animo, novare eum obligationem, & debitorem liberare non tantum ignorantem, sed etiam invitum. *L. si Stichum*, 8. in fin. *D. de novat.* eodem plane modo, ut si pro debitore solvisset: nam & solvere pro ignorante & invito cuique licet. *L. solvere, D. de solutionib.* Hinc illud Pauli in *L. si debitor*, 91. *D. de solut.* si quis debitorem suum præsentem & invitum liberare velit, ubi nec ipse solutionem requirat, nec debitor admittat acceptilationem, id eum ita consecuturum, si liberaturus supponat aliquem, a quo debitum novandi caussa stipuletur. Sic enim futurum, ut quanvis creditor acceptum non fecerit, tamen debitor statim liberetur novatione, & simul res creditori pereat. Nam etsi promissor qui solus ad obligationem restabat, iure civili obligetur, quia verbis promisit: §. *de constituta, Inst. de act. Inst. de exc.* in princ. tamen petentem creditorem, ait Paulus, doli præscriptio excludet. Merito: hic enim non intercessit proprie, ut obligaretur, sed ut promissionem interponeret debitoris liberandi caussa. Id cum secutum sit, promissioni satisfactum est: nec debet quisquam ultra quam actum est obligari. *L. non omnis, D. si cert. pet.*

XXII. Postremo ita alius quivis nomine debitoris novare obligationem potest, ut nihil intersit quomodo iste alius obligationem novam in se suscipiat novandi caussa, dum modo iure civili cognito; puta utrum stipulatione, an vero iudicio sponte suscepto pro debitore. Stipulanti creditori si quis promittat quod alius debet, iam dixi debitorem liberari, etiam si nolit. *d. L. si Stichum*, 8. in fin. *D. de novat.* Sed etsi pro debitore quis se offerat liti, & creditore agente suscipiat iudicium, ut transferat in se obligationem, placet non minus & hoc modo novationem contingere, & liberari debitorem. Et hoc est genus illud liberationis, de quo est in *L. solutione*, 23. *D. de solu.* cum ita definitur, Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo, id est, dum quis pro nobis iudicium accipit, & inviti & ignorantes liberamur. De solutione diximus suo loco. De iudicio accepto quod illic dicitur, id ipsum est quod nunc dicimus, quodque ad hunc locum referri de-

13) Illic non novæ obligationi implicatur debitor, sed tantum veteris solutio & exactio alteri mandatur, Wes. *in Par. h. t. in fi.* P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 6. Et delegatio requirit stipulationem eius cui delegatur, & promissionem delegati Ergo utriusque consensum, Briss *Lib.* 2. *de Sel. p.* 395. Gœd *d. C.* 5. *n.* 112. Illic cedens actiones directas re integra retinet, hic delegans amittit quia exstinguitur obligatio, Hotom. 6. *Obs.* 16. Illic salvæ exceptiones contra cessionarium, quas debitor habuit contra cedentem, hic contra, ut *infra N.* 17. A. Fab. 12. *Conject.* 12. Sed nunquid requiritur ut delegatus sit debitor delegantis? Ita communiter volunt, ref. Parlador 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 1. §. 12. *limit.* 6. *n.* 49 qui tamen contra delegationem esse, etsi sponte sua quis in se alienum debitum transtulerit, qui expromissor vocatur. Sed, vid. Fachin. 11. *Contr.* 54.

debet; liberari nos videlicet iudicio accepto, cum quis alius iudicium pro nobis accepit, & litem contestatus est; quia hic novatio est, utpote nova obligatione iudicio contracta prioris novandæ caussa. Idem de iudicio accepto traditur in *L. si pro patre*, in pr. *D. de in rem verso*. In quo tamen monendi sumus, iudicium pro nobis acceptum sic hoc loco accipi debere, si quis non simpliciter iudicium accepit tanquam defensor nostro nomine; sed si se liti obtulit, ut eam obligationem suam faceret. Alioqui si simpliciter exstitit absentis defensor & iudicatum solvi satisdedit, non ideo debitorem liberari dixeris; cum hoc potius actum sit, ut maneute vetere obligatione reus defenderetur, & nova defensoris obligatio ad priorem accederet. *L. Plautius*, *D. de proc.* Novandi autem animo accedente illa novatio est, quam dixi. 14 Voluntaria & ipsa, non minus quam ea quæ fit per stipulationem. Quod enim diximus necessariam novationem esse, quæ fit per iudicium & litis contestationem, de ea dictum est, in qua iudicium vim suam obtinet, id est, in qua iudicium instituitur adversus debitorem, adversus quem & actio est. Hinc enim & necessitas iudicii suscipiendi, cum iudicio conventus fuerit. Cum autem alius qui debitor non est, iudicium suscipit, quia is nulla actione tenetur, suscipit volens, non ulla necessitate iudicii coactus. Atque hinc est, quod delegatio, quæ species est novationis voluntariæ, dicitur fieri vel per stipulationem, vel per litis contestationem, *L. delegare*. *D. de novat.* ut sit sententia: cum quis vice sua reum dat creditori suo, quem delegatum dicimus, eum recte se reum constituere ex delegatione vel stipulanti creditori idem promittendo novationis caussa, vel creditore agere volente eodem animo iudicium suscipiendo pro eo qui delegavit. Hoc cum alius quivis sua sponte novandi animo facere possit pro debitore extra delegationem, non dubium est, quin & his modis novatio omnis transigi possit extraneo intercedente.

XXIII. Hæc de nova obligatione ad novationem necessaria dicta sunt. In qua cum superiora concurrent, recte constituta est nova obligatio idonea ad novationem. Exigit novatio alteram obligationem; nempe præcedentem, quæ in hanc novam deducatur, ut fiat prioris debiti in novam istam transfusio; quo modo supra novationem definivimus. De hac nihil amplius quæritur ad novationem, quam an nihil intersit, qualis sit obligatio & quomodo contracta, ut possit verbis novari. Quid enim, si re contracta sit, non verbis? quid si erit ex quasi contractu, aut maleficio, aut quasi maleficio? Etiamne hæ verbis novari & tolli possunt: cum ita sit regula iuris, eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est: ideoque & verborum obligationem verbis tolli? *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. iur.* Et ita ius est, ut 15 qualiscunque sit obligatio quæ præcessit, sive verbis contracta, sive non verbis, placeat verbis novari posse, & transire in verborum obligationem: sententia bis repetita in *L. 1. & L. 2. D. de novat.* An non ergo id statui putamus adversus superiorem regulam naturæ de dissolvendis obligationibus? Minime. Constat enim obligationes omnes quovis modo contractus solutione recte & naturaliter dissolvi: nec quisquam est, qui cum id dicitur, putet adversus eam legem fieri. Et recte. Nam & solutione semper eodem modo tollitur obligatio, quo colligata est re in contrarium acta. Est enim obligatio omnis vinculum, quod constituitur nectendo, & rem adstringendo; solutio autem id factum est, quod maxime naturaliter præter cætera hoc vinculum resolvit. Nectebatur, quia non præstabatur, quod debuit. Hinc vero contrarium factum est præstatio. Si solutione recte & iuxta regulam superiorem tollitur omnis obligatio: dicendum est eodem modo & recte solvi novatione: quoniam & in novatione solutio quædam est. Non enim tantum solvitur creditori, cum id solvitur quod debetur; sed & cum ei præstatur aliud volenti & admittenti. *L. manifesti*, *C. de sol.* At novatio est hæc ipsa alterius rei præstatio pro eo quod prius debebatur. Habet enim novatio obligationem novam, quæ tanquam traditur creditori, qua ille contentus sat habet, ut priorem debitorem liberet, quasi ea re alia pro priore debito accepta.

XXIV. Tertium superest ad novationem voluntariam, animus novandi. Quidquid

14) Ita & P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 14. Sebast. Medic. *de Novat.* Q. 7. *p.* 1. ref Gœd. *d. C.* 5. *Concl.* 8. *n.* 95. cui tamen id displicet putanti & hanc necessariam esse novationem, respectu caussæ seu rei, quia liti se alienæ offerens necessitate illa, qua alias reus obstringeretur, eum liberat, etsi quoad se sponte intercedat. Sed hæc parum urgent, & recte noster.

15) Nec tantum principalis, sed & accessoria fideiussoris, quod male quidam negant, quos refellit, Gœd *d. C.* 5. *Concl.* 6. *n.* 40. *& seqq.* Etiam obligatio iudicati *L.* 4. §. 4. *de re iud.* ubi effectus hic, ut ex caussa iudicati parta exsecutio ad initium novæ petitionis redigatur, Briss. *Lib.* 2. *de Sol.* *p.* 383.

quid debetur, utcumque deductum fit io novam obligationem vel verborum, vel iudicii nulla necessitate susceptі ita demum novatio fit, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Nisi novandi animo id fit, nulla novatio est. Etiam hoc ius vetus est, testatum multis locis, ut *L.* 2. in fin. *L. si Stichum*. 8. in pr. §. 1. §. *ult. L. fundum*, 28. *D. de novat. L.* 3. in fin. *C. eod.* ut in hac re nihil opus fuerit Iustiniani constitutione ad eius iuris confirmationem, quod certum esset. Secuta tamen est eius constitutio, quæ idem constitueret quidem. *L. ult. C. eod.* sed non hoc solum, verum quæ quod in huius animi probatione incertum erat apud veteres, & materiam præbebat litibus, certe definiret, ne qua hic amplius superesset materia litium. Nam ut hoc explicatur in §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* etiam hoc constabat inter veteres tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: sed hoc ipsum dubium erat, quando novandi animo videretur id fieri. Hic enim conventionem apertam non requirebant; admittebant ad voluntatem coniiciendam præsumptiones: ut sive alia persona idem promittens, sive in eodem promissore res alia, sive in condicione obligationis novi aliquid ioterveniret, ut dies, aut conditio; plerique putarent sine discrimine novationem fieri, alii certius aliquid de voluntate desiderarent: cuius dubitationis vestigia licet animadvertere in *L.* 8. §. 1. & deinceps usque ad fin. *D. eod.* Hinc ergo dissensiones veterum, & ex his dissensionibus lites. Harum materiam præcidere volens Iustinianus cavit in universum de voluntaria novatione; quidquid ante debitum in oovam obligationem deductum esset, a quocunque & quocunque modo deductum, ne aliter prior obligatio novari, aut quidquam de ea decedere videretur, nisi hoc inter contrahentes [16] expressum fuerit, novam obligationem interponi prioris novandæ & solius posterioris eligendæ caussa. Qua constitutione posita, si qui forte usquam in Pandectis loci occurrent, in quibus placeat prioris obligationis fine alia aperta conventione novationem fieri, intelligemus his locis derogatum superiore constitutione. In quibus occurrit ea species, cum quid, puta navem fieri stipulatus sum; & si non feceris, centum: in qua Paulus respondit posterioris stipulationis conditione existente transferri priorem in posteriorem, & quasi novationem prioris fieri. *L. obligationum fere*, §. *ult. D. de oblig. & act.* Hoc ille ex superiore veterum sententia de novandi animo ex præsumptione admittendo: qualis præsumptio vehemens in hoc factum incurrere videtur. Nos ex constitutione Iustiniani novationem fieri negabimus: de quo, ut & de toto genere pœnalis stipulatioois scripsi plura ad *L. ita stipulatus*, 115. in fin. *D. de verb. oblig.* Neque tamen propter superiorem constitutionem mutabimus illam sententiam veterum, qua placet cum quis mutuam pecuniam dedit, & ex continenti eam sibi reddi stipulatur solum ex priore stipulatione obligationem esse, si modo stipulatio sit utilis. *L. 6. D. de novat. L. si ita stipulatus*, 126. §. *Chryso-*

16) Olim non aliter quam si id actum, hodie non nisi id nominatim expressum. Olim ad coniecturas recurrebant, inde quod tacite actum colligentes, hodie verbis testata professio exigitur, vid. A. Fab. 3. *Coniect.* 3. P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 12. Gœd. *de Contr. stip.* C. 5. *n.* 100. *& seqq.* Nec recte Charond. *ad L.* 58. *de V. O.* etiam antiquo iure non novationem inductam, nisi aperte id expressum. Iustinianum autem non hoc nove requirere, sed illud ut præterea specialiter remittatur prior obligatio, atque id exprimatur, & ut posterior pro priore eligatur. Atqui verba *d. L. ult. C. h. t.* itemque § 3. *I. Quib. mo. toll. obl.* clariora esse quam ut ita eludi possint, quilibet legendo deprehendet. Nec obstat *d. L.* 58. Multis siquidem casibus, iure Digestorum non aliter novatio fiebat, quam si id specialiter actum, expressumve his scilicet quibus nihil erat, ex quo colligi posset, voluisse contrahentes novationem fieri, ut in specie *d. L.* 58. si videlicet in posteriore stipulatione minus quam in priore, A. Fab. 5. *Coniect.* 3. Atque ita non opus est, ut in *L.* 31. §. 1. *h. t.* verba *cum id specialiter agit*, Triboniano adscribamus, ut Briss. *Lib.* 2. *de Sel. p.* 323. Hortens. *ad L.* 2. *h. t.* Vult. *in* §. 4. *I. Quib. mo. toll. n.* 4. ut nec illa *si id specialiter actum* in *L.* 29. *h. t.* ut Hortens. *d. lo.* Nolim autem cum eod. Fabro. 3. *Coniect.* 1. omnibus stipulationibus cautionalibus vim novandi tribuere. Minus iuri convenit, quod vulgo DD. volunt, novationem etiam hodie per coniecturas apertiores probari, fierique quando manifestis argomentis liquet, contrahentes novare voluisse, etsi nominatim non testati fuerint, quia expressum etiam dicatur quod præsumptionibus & coniecturis apparet, ut Accurs. *ad L. pen. de prat. stip.* & quos citat Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fi. P.* 1. §. 12. *limit.* 6. *n.* 46. Gutierez. *de Iuram. Confir. P.* 1. *C.* 63. *n.* 8. Gail. 2. *Obs.* 30. *n.* 3. Menoch. 3. *Præsumpt.* 134. *n.* 34 *& seqq.* quasdam earum coniecturarum recensens, ut & Vinc. Carroc. *de Excuss. bon. P.* 2. *Q.* 54. *n.* 9. *& seqq.* Quod refellit Parlador. *d. n.* 46. Et certe vix quidquam hac opinatione DD. Iustinianeæ constitutionis tum verbis tum sententiæ manifestius repugnat. Quid enim, quæso novi constituit aut in novatione constituenda innovavit Imperator ceu voluisse clare liquet, si adhuc præsumptiones admittimus & coniecturas novationis caussam ducimus. Si expressum etiam id, de quo ex coniecturis constat, nonne eam expressionem etiam veteris iuris conditores, ut Iustinianus vocat, exigebant. Quin immo apertis verbis exponit Imperator se definire, ut si non verbis exprimatur, fine novatione caussa procedat. Verbis expressum haberi, ubi verba nulla, quis admittet? Denique cum Iustinianus in *d. L. ult.* definiat voluntate, solum, non lege, novandum, vitiosam esse sequitur Accursii opinionem statuentis, quibus casibus veteri iure tacite facta novatio, iis hodieque contingere ope exceptionis, alias verbis legem magis imposuisset Imperator quam rebus, per L. *nihil interest* 112. *de R. I.* Quæ & recte communius reprobantur, Parlador. *d. lo. n.* 45. Gœd. *d. C.* 5. *Concl.* 9. *n.* 103 Pachin. 3. *Contr.* 91. Gail. *d. Obs.* 30. *n.* 3. Daniell. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 18 Sed numquid & ad delegationem *d. L. ult.* pertinet. Maxime quatenus ea novationis species, vel per eam perficitur, vid. Parlador. *d. lo. n.* 50. Sichard. *ad d. L. ult. n.* 6. Diss. Wes. *in Par. h. t. n.* 8. Gail. 2. *Obs.* 30. *n.* 9.

sogonus, *D. de verb. obl. L. certi*, §. *numeravi*, *D. si cert. pet.* Non enim eo dictum est, quod vellent primo ex numeratione obligationem nasci, deinde hanc stipulatione novari: sed quia intelligerent id agi, ut sola stipulatio teneret, nulla autem esset ne ab initio quidem actio ex numeratione. Unde & hic novationem fieri aperte negarunt: hoc ita explicatur in *d. L. 6.* & *L. 7. D. de novat.* Quod si hic prior obligatio nulla est, quæ transferatur in aliam, nihil species ad constitutionem Iustiniani pertinet: cui solum locus est in duabus obligationibus, quarum una deducitur in posteriorem.

XXV. Non est ergo novatio, ut eo redeam, cum quod ante debetur, deducitur in novam obligationem, sive constet non id agi, ut novetur prior obligatio, sive non aperte id actum sit, ut novaretur. Quid igitur hic fiet? Quod est consequens, quodque placebat veteribus, & Iustiniani constitutione expressum est, ut hic duæ sint obligationes; vetus quæ quia sublata non est, manserit necesse est, & nova recte contracta, quæ ad veterem accesserit. *L. 2.* in fin. *D. eod. L. ult. C. eod.* §. *præterea*, in fin. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Hac lege tamen, ut si ex una solutum erit, quod debebatur, continuo tollatur & altera. *L. si Stichum*, 8. §. *ult. D. eod.* Ita enim hæ duæ sunt obligationes, ut sint unius rei. Bona autem fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Sed & quod dicitur, duas hic constitui obligationes, sic accipere debemus, si modo & posterior fuerit utilis. Quid enim, si unus debitor quod prius promiserat, idem iterum promittat nulla novandi voluntate nominatim interposita? Non possunt ne sic quidem plures hic obligationes esse, quam una: quia posterior nihil amplius continens quam prior, est inutilis. *L. qui bis*, *D. de verb. oblig.*

XXVI. Demus iam illa, quæ supra diximus, ut & nova obligatio constituta sit per stipulationem, aut litis contestationem voluntariam; & in hanc novam prius debitum, prior obligatio aliqua deducta; idque animo novandi aperte testato factum sit: tum fiet voluntaria novatio, quam quærimus. Qua constituta, de vi & effectu eius novationis cognoscendum est. Et quod novationis verbum per se indicat, ea vis duplex est. Nam & novam obligationem efficit novatio, & adfert simul prioris debiti liberationem. Novam obligationem novatione constitui aperte non longius petendum, quam ex ipso novationis verbo, atque huius definitione: apparet enim, ut initio diximus, novationem dictam esse a novo, id est a nova obligatione: definiturque ea prioris debiti in aliam obligationem translatio. *L. 1. D. de novat.*

XXVII. De hac obligatione tantum id præcipiendum est, quod quibusdam exemplis demonstratur sub hoc titulo, eum qui novandi animo novam obligationem in se susceperit, sic teneri novo creditori, ut teneatur sine ulla exceptione, aut defensione quæ quandoque ex vetere aliqua caussa illi competierit. Supervacuum esset id monere, cum ex verbis stipulationis novæ appareat eum qui novationis caussa promisit, quod debebatur, simpliciter promisisse; nisi interdum incideret in hac re iusta caussa, quæ rem dubiam faceret: adversus quam diligentius confirmari nos oportuit. Incidit autem hæc dubitatio in novatione quæ fit per delegationem, cum quis creditori suo delegavit aliquem tanquam debitorem suum. Quid enim si delegatus tueri se potuit aliqua defensione adversus delegantem? An non eadem uti possit & adversus eum cui delegatus est, non immerito dubitas: cum possit videri creditor in hac specie auctorem huius obligationis habere eum qui delegavit, quasi a quo eam obligationem acceperit: constet autem eum qui iure auctoris pro se utitur, etiam eius iure adversus se uti debere? *L. 4* §. *de auctoris*, *D. de dol. ma. & met. exc.* Et in summa placuit, ne huno quidem ulla defensione huiusmodi [17] uti posse. Nec iniuria, utpote adversus eum, qui suum debitum persequatur, non alienum, & agat ex persona sua, non aliena. Quod quo fiat certius, proponuntur huius generis defensiones, quæ tutæ videri possint, duæ. Quarum tamen utraque removetur a veteribus: ut partibus remotis, summam ipsam quam fecimus, remotam esse intelligamus. Una defensio est, si quis non debitorem quasi debitorem delegaverit creditori suo. In qua specie si delegatus ab eo qui delegavit, conveniretur rebus etiam integris, iure illum summoveret. Negaret enim se ei quidquam debere. Num ergo & hac de caussa tueri se exceptione poterit adversus eum cui dele-

17) *L. 5.* §. *pen. de doli exc.* vid. A. Fab. 12. *Coniect.* 12. ubi excipit, nisi commodum exactionis ex delegatione ad delegantem reversurum sit, quia agens suo nomine ad commodum alienum in eadem caussa est, qua agens alieno nomine. *L. 3. 9.* §. *2. de Procur.*

legatus est? Negat Ulpianus exceptionem hic locum habere. *L. si non debitorem, D. de novat.* Tantum ne res pereat delegato, cui iustus error nocere non debet, competere ait condictionem indebiti adversus eum qui delegavit. Merito; quasi ei solverit, quod eius nomine solvit alii. *L. si per ignorantiam, C. de cond. ind.* A creditore certe nulla repetitio est, qui suum recepit. *L. repetitio, D. de cond. ind.* Altera defensio delegati est, quæ speciem æquitatis habeat, si delegatus sit qui iure civili debuit, sed exceptionem aliquam habuit adversus delegantem. Ut puta, debuit quis Titio centum; sed vi aut dolo promissa, unde illi doli exceptio adversus Titium. Debuit; sed pactus est Titius ne peteret: aut eo deferente iuravit debitor se non debere: aut illo agente debitor iudicio est absolutus. Unde illi adversus Titium exceptiones, pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ. *Inst. de exc.* in pr. & deinceps. Debuit; sed promissa donationis caussa; qua in specie donatori exceptio est, ne conveniatur ultra quam facere potest. *L. inter, §. 1. D. de re iud.* His exceptionibus tutus delegatus est a Titio creditori eius, cui & stipulanti promisit, quod illi debebatur; idque forte per errorem, dum ignorat eas exceptiones sibi competere. Num ergo & his exceptionibus uti poterit adversus creditorem delegatus? Negant veteres itidem ut & illud superius. *L. doli, L. pen. D. de novat.* Et recte utrumque. Priori enim creditori deleganti delegatus nihil debuit; posteriori cœpit debere id, in quo ipse a suo debitore nulla exceptione potuit removeri. Et ut est in *d. L. pen. D. eod.* creditor posterior suum persequitur. Cur ergo aliqua exceptio eum removeat? Atenim delegatus convenitur a creditore ex persona delegantis: ut proinde ex huius persona eadem exceptio obiici creditori possit, quæ deleganti. *arg. d. L. 4. §. de auctoris, D. de dol. mal. & met. exc.* Immo convenitur delegatus ex persona creditoris; qui, ut modo dixi, persequitur sibi debitum, non quod deleganti. Non debuit quidem delegatus deleganti sine exceptione: sed hoc debitum delegatus non spopondit creditori secundo; verum id quod qui delegabat, ei creditori debuit. Atqui hoc creditori debitum fuit ante novationem sine exceptione. Eodem modo igitur debebitur & post novationem: cum tale in novam obligationem translatum sit, quale prius fuerat.

XXVIII. Sane si in secunda promissione eadem caussa exceptionis intervenerit adversus secundum creditorem; nemo dubitabit, quin & adversus eum eadem exceptio locum habeat, quæ adversus priorem. Cuius rei exempla hæc sunt in *d. L. doli.* Creditor mulierem quæ apud se intercesserat pro alio, delegavit creditori suo; quæ & delegationem secuta huic creditori promisit, quod ei a delegante debebatur. Placet mulierem & adversus hunc secundum exceptione Velleiani uti posse, similiter ut & adversus delegantem poterat. Nempe quia & huic secundo promittendo, atque hoc modo alienam obligationem in se suscipiendo intercedit: ut proinde ex eadem caussa exceptionis, quæ illi adversus secundum creditorem nata est, eadem quoque exceptio adversus eum valere debeat. Propone etiam minorem a creditore suo delegatum promisisse ei cui delegatus est. Placet & hunc eadem defensione ætatis se tueri posse, quia potuit & adversus delegantem: quia hæc caussa defensionis adversus delegantem fuit, quod minor ei promisisset, & quod esset circumscriptus. At si secundo promittit, eodem modo & minor est, & circumvenitur. Sit igitur ex nova & eadem caussa posteriore eadem exceptio.

XXIX. Quod ad liberationem prioris liberationis attinet, hæc novationis maxime propria est: cum novatione id agatur, ut discedatur a priore obligatione, atque hac sublata constituatur nova. Quod ipsum & novationis verbum indicat. Dicimur enim rem aliquam novare, cum ex vetere commutata aliam novam facimus. Quo modo & novari dicitur prior obligatio, cum ex ea perempta facimus novam, in quam prior illa transferatur. *L. 1. L. 2. L. 3. L. servus, D. de novation.* Sit igitur hoc constitutum novatione [18] tolli priorem obligationem. *§. præterea, Inst. quib. mod. tol. obligat. L. 1. D. de novat.*

XXX. Circa hanc liberationem illa dubitatio incidere solet, quam sit liberatio utilis debitori novatione liberato. Non sane tunc, cum alius quam debitor novandi animo debitoris obligationem in se suscepit vel delegatus, vel sine delegatione. Tum enim utilitas eius liberationis manifesta est; cum debitor priore obligatione liberatus omnino nec teneatur nova. Ne tunc

18) Novatio & parit obligationem (eoque respectu contractus est, quatenus stipulatio Gœd. *de Contr. stip. C. 1. n. 72.*) & tollit. Nec proprie solutio est, sed illi similis *L. 31. §. ult. h. t.* Sicuti adoptione filiifamilias mutatur magis patria potestas quam tollitur, Hort. *ad Rub. h. t.*

tunc quidem id magnopere quærendum est, cum idem debitor novandi animo promisit, sed aliud, quod aut minus esset, aut præstitu debitori commodius. Nam & tunc liberationis utilitas non est obscura, etiam si nova obligatio accesserit. At quid si idem debitor novandi caussa quod prius debebat, promisit eidem creditori, non aliud? Nam & hic novationem fieri diximus. *L. qui usumfructum*, in fin. *D. de verb. oblig.* Cui autem bono ista liberatio, si priore obligatione liberatus, nihilominus posteriore, quam te ex novatione subire necesse sit, idem quod prius debeas.

XXXI. Et ut intelligatur, quam hic quoque liberatio sit utilis, de vi & potestate liberationis, quæ per novationem contingit, in commune sic habendum est, quod ad omnes debitores novatione liberatos pertineat: liberari nimirum debitorem novatione non tantum obligatione priore; sed etiam ita, ut si qua sint eius obligationis incommoda, una evanescant. Incommoda prioris obligationis priori debitori hæc esse solent, certe esse possunt; periculum interitus rei debitæ: pœna ea obligatione promissa; usuræ accedentes; privilegium actionis; eius obligationis accessiones, in quibus sunt fideiussores & pignora.

XXXII. Periculum interitus ex priore obligatione tale est, atque hoc modo novatione amovetur. Qui Stichum debebat, interpellatus in eo solvendo moram fecit. Moræ hæc pœna est, ut si Stichus pereat postea, periculum sit debitoris; quem placet teneri nihilominus, perinde ac si homo viveret, mora obligationem perpetuante. *L. nemo*, 82. §. 1. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligat.* Idem cum ita in mora esset, eumdem Stichum promisit creditori novandi animo. Dicimus debitorem eo periculo liberari, ut quamvis Stichus decedat postea, tamen debitor non teneatur. *L. si Stichum*, 8. in pr. *D. de novation.* Non enim tenetur ex posteriore obligatione, ex qua debitor moram non fecit. *L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat.* Sed nec ex priore; quoniam hæc novatione sublata est, & una cum ea incommoda omnia, quæ inde pendebant; in quo numero fuit periculum interitus, quod rem inde debitam sequebatur. Sed & debitor dicitur hic eo periculo liberari, quia novatione mora eius purgata sit. *d. L. si Stichum*, in princip. Mora ideo hoc modo purgata, quia creditor novatione a priore obligatione discedens, aperte debitori remittit instantiam petendi ex priore obligatione. Omissa petendi instantia, mora purgatur. *L. mora*, *D. de usur.* Pœna priore stipulatione promissa eodem modo deberi desinit. Utputa, qui Stichum promiserat Calendis, & si ad diem datus non esset, pœnam, is eumdem Stichum postea creditori promisit novandi animo in eamdem diem. Placet si ad diem Stichum non dederit, nihil amplius debiturum, quam Stichum: pœnam non debiturum. Non enim hanc committi posse, nisi ex priore stipulatione: hæc autem novatione sublata est: hoc in *L. si creditor*, 15. *de novat.* Eadem ratio usurarum, ut si hæ debebantur ex priore caussa, novatione prioris obligationis secuta, deinceps non currant, idest, desinant deberi. *L. novatione*, 18. *L. emptor*, 27. *D. eod.* Eadem de caussa novatione facta interit privilegium, si quod fuit, prioris actionis: puta dotis, inquit Paulus, aut tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem id quod tutelæ nomine debetur, idque novandi animo. *L. aliam*, *D. eod.* Est autem hoc privilegium dotis, ut mulier in dote præferatur omnibus aliis chirographariis creditoribus. Sed & tacitam hypothecam habeat, qua præferatur aliis creditoribus etiam hypothecam habentibus. *L. quæsitum*, §. *ult. D. de reb. auctor. indic. poss. L. unica*, §. 1. *C. de rei uxor. actio.* Tutelæ actionis privilegium idem, ut pro officio administrationis tutoris bona pignori obligata teneantur minori. *L. pro officio*, *C. de administ. tut.* Hæc inquam, privilegia intereant novatione, ut iam mulier aut minor novatione facta non utantur prærogativa prioris temporis, sed exæquentur cæteris creditoribus, nec hypothecam habeant. De accessionibus ius certum, in omnibus speciebus liberationum hoc evenire, ut simul liberentur accessiones, ut fideiussores & pignora, *L. in omnibus speciebus*, *D. de solutionib.* Quare & si quid horum priori obligationi accesserit, nova interposita solvetur. *L. novatione*, *D. de novat.* Unde & illud eveniet, ut si creditor ab alio quam a debitore stipulatus sit novandi animo, ita liberentur res a priore debitore obligatæ, ut a secundo debitore sine consensu prioris obligari non possint. *L. Paulus*, 30. *D. eod.* Quæ cum ita sint, est ex omni obligatione nova, in quam prior deducta est, novatio, si id actum est, sive idem debitor promittat idem novandi animo, sive alius. Est & ex omni novatione prioris obligationis liberatio; & liberatio non inutilis, quanvis qui priore obligatione liberatus erat, alia nova idem pro-

promiserit; quoniam una cum priore obligatione omnia incommoda ei adiuncta sublata sint, quæ in posteriorem obligationem non veniunt. Ad quod demonstrandum pertinet superiorum incommodorum enumeratio. Ideo necessaria in hac specie liberationis potius, quam in cæteris, de quibus locuti sumus, quia sine hac videri posset interdum liberatio esse inutilis, ut quæ ex una obligatione perempta incideret in aliam.

XXXIII. Atque hæc de voluntaria novatione. Necessaria novatio, quam huius generis alteram speciem fecimus, est quæ per litis contestationem creditori cum debitore ipso interpositam contingit. Habet hæc contestatio novationem, quia in ea interveniunt sæpe omnia, quæ sunt propria novationis. Nam præter quam quod inducit litis contestatio novam obligationem iudicati, quæ iudicium accipiendo inter litigatores contrahitur: *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* etiam hoc modo sæpe receditur a priore obligatione translata in posteriorem: fitque hoc voluntate actoris, qui iudicio expertus hoc animo est, ut velit a priore recedi, & solam manere novam. Quæ omnia simul iuncta cum conveniant definitioni novationis, necesse est & hactenus in hac specie intelligi novationem. Eam necessariam dicimus; quia necessitate iudicii [19] interponitur a debitore. Necesse enim habet iudicium suscipere, & litem contestari is, adversus quem invitum iudicium redditur. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. oblig.* Redditur autem adversus invitum, si quis est debitor, adversus quem est actio, cuius iure pecunia ab invito exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signif.*

XXXIV. Sed hoc posterius ita est, si modo litis contestatione prior obligatio creditori novatur, id est, tollitur. Duabus enim obligationibus integris manentibus, priore & posteriore, constat nullam fieri novationem. *L.* 1. *L.* 2. *D. de novat.* At videamus, ne hic omnino nulla sit prioris obligationis peremptio & novatio; eoque nec ulla novatio necessaria.

XXXV. Quod quidem [20] plerisque videtur: in quam etiam sententiam discerit Accursius, quam & probat ad *L. ult.* in prin. *C. de usur. rei iud.* Eius rei argumenta hæc sunt. Novatione pignus tolli generaliter traditum in *L. novatione*, *D. de novat.* Idem in *L. solutum*, in pr. *D. de pig. act.* At si lis contestata sit cum debitore de ipso debito, placet hac contestatione pignus non tolli, sed obligatum manere, *d. L. solutum*, in prin. *de pig. act. L. grege*, §. *etiam*, *D. de pig.* Non fit igitur necessaria litis contestatione novatio. Et quid in una specie pignoris consistimus, quod negamus litis contestatione tolli? Generalis definitio est, non solere deteriorem conditionem fieri actorum, qui litem contestati sunt, sed meliorem *L. non solet*. *L. nemo enim*. *D. de reg. iur.* quo declaratur non fieri litis contestatione conditionem actoris deteriorem neque in pignoribus, neque in usuris, neque in accessionibus, neque denique in ullis commodis, quæ fuerunt prioris actionis in iudicium deductæ. Atqui si in litis contestatione novationem admittimus, una cum priore actione hæc omnia commoda actori novatione pereunt; hæc enim novationis vis est, ubi illa intervenit, ut ante ostendimus. *L. si creditor*. *L. novatione*, *D. de novat.* At fit hoc modo litis contestatione conditio actoris aperte deterior in omnes partes. Quare & nec litis contestatione cum debitore interposita fit novatio prioris actionis; sed & post litis contestationem manet integra actori vetus actio, eiusque actionis commoda, & adiuncta omnia. Quidni vero maneat vetus actio, ubi reus condemnatus est, & sententia pro actore dicta, cum etsi reus absolutus sit iudicio, tamen ne sic quidem litis contestatione sit sublata & novata prior actio? Constat enim absoluto reo nihilominus obligationem & actionem veterem durare, etsi ea removetur exceptione rei iudicatæ, §. *item*

[19]) Ita & Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 8. *n.* 76. *&* 2. *seqq.* quia etsi litis contestatio non sit invitorum, sed vere vel quasi consentientium, iudicium tamen eum invito. Sic sequestrum aliud necessarium, quia etsi id quoque fiat voluntate seu consensu, seu species depositi, non tamen mero. Levia autem sunt quæ obiicit Hortens. *ad L.* 29. *h. t.* priorem speciem quidem recte dici voluntariam, quia ea utraque parte talis; hanc non recte necessariam, quia ex parte creditoris & ipsa voluntaria. Nam imo & hæc utrinque necessaria, quia licet in voluntate creditoris sit iudicio experiri, tamen postquam iam expertus necessitate iudicii contingit hæc novatio. Et ut largiar illa, num ideo vitiosa appellatio. Nunquid necessarium heredem ea. gr. eum voco filiumfamilias patri, necessitatem geminam tam in defuncto, ut eum habeat heredem, quam in herede, ut sit, arguo. Nimis autem hanc novationem restringit Hortensius, dum eam cum delegatione per litis contestationem *L.* 11. §. 1. *h. t.* confundit, tunc fieri sentiens, cum, cui actiones mandatæ sunt, cum cessionario litem contestatur. Agnosco equidem & tunc novationem fieri, perimique etiam actionem directam, quæ usque eo cedenti salva fuit, vid. *supra Lib.* 15. *C.* 43. At eam solam esse novationem necessariam omnino nego.

[20]) Briss. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Novat. p.* 389. Vult. *in* §. 3. *Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 7. Sed novationem hic cum nostro agnoscunt Duar. *h. t. Cap.* 1. P. Fab. *ad L.* 86. *& seq. de R. I. P.* Greg. 21. *Synt.* 20. *n* 2. *& C.* 21. Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 11. *& de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 8. Hotom. 4. *Obs.* 5. A. Fab. 16. *Conject.* 14. Hort. *ad L.* 19. *h. t.*

item si. Inst. de excep. Quod si litis contestatio veterem actionem actori victo non aufert, cui tamen maxime sententia nocere debuit: quanto minus vincenti auferre debet, ubi sententia actionem in iudicium deductam illi confirmavit? Adde his, quod nulla novatio est sine animo novandi. *L. 2. D. de novat. L. ult. C. eod.* At cum creditor iudicio agit cum debitore, tantum abest, ut velit eo facto a priore actione recedere, ut maxime studeat eam salvam habere, & iudicio persequi, quod ea actione debetur. Nam persecutio eius quod nobis debetur, nihil aliud est, quam actio illa prior quæ in iudicium deducitur. Nemo igitur hic dixerit litem contestando cum debitore, fieri ab actore prioris actionis novationem. Postremo ut forte actor litem contestando hoc animo sit, ut velit omnem actionem transfundere in obligationem iudicati propter commoda eius obligationis, quæ indicantur in *d. L. 3. §. idem scribit, D. de pecul. L. aliam*, in fin. *D. de novat.* tamen Iustinianus vetat ullam novationem admitti, ubi nominatim id contrahentes id non expresserunt. *L. ult. C. de novat.* Ita cum nemo id exprimere soleat in lite cum adversario contestanda, non videtur pati ea constitutio ullam in huiusmodi contestatione novationem intelligi.

XXXVI. Sed verius est etiam litis contestatione cum debitore interposita prioris obligationis novationem fieri: dum tamen hoc adiiciamus quod regulæ iuris postulant, si hoc actori expediat, ut credibile sit eum quoque id sensisse, atque id egisse. Certe aliquam novationem necessariam esse, & eam quæ fiat iudicio accepto, non obscure significat Paulus in *L. aliam, de novat.* Sic enim scribit, Aliam caussam esse novationis voluntariæ, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Primam hic nominat novationem voluntariam. Ex quo intelligitur, aliquam esse non voluntariam. Nam si nulla est, nisi voluntaria, stulte adiicitur voluntaria discernendæ speciei caussa, ubi omnes novationis species sunt unius huius generis. Deinde novationem voluntariam opponit iudicio accepto. Quo declarat, & in iudicio accepto novationem esse, sed non voluntariam, atque huius aliam caussam esse, quam novationis voluntariæ. Nam si in iudicio accepto nulla novatio est ne necessaria quidem, ita scribere debuit. Aliam caussam esse novationis, aliam iudicii accepti: ideo illa simpliciter hoc modo opponens, quia non inesset in iudicio accepto novatio. Sed omnem litem dirimit Iustinianus in *L. ultim.* in princ. illic, *Si enim novatur. C. de usur. rei iudic.* Ubi diserte definit, novari iudicati actione priorem contractum. Et ne fine effectu, aut priore obligatione manente id ab eo dici existimemus, ait ideo novari, ut præcedentes usuræ currere desinant, quo ex actione nova iudicati accedant centesimæ.

XXXVII. Nunc paucis de iis, quæ contra dici ostendi, respondebo. Et in summa ita res habet. Litis contestatione cum debitore interposita pignus non tollitur: & in universum neque in hac re, neque omnino in ulla alia litis contestatione fit [21] conditio actoris deterior. Proinde si quid commodi est in veteri actione, hic & vetus actio, & eius actionis commodum etiam post litem contestatam salvum est creditori, quatenus natura eius actionis patitur. Quo efficitur hactenus litis contestatione novationem non fieri: quod & concedimus. Admitto & illud, reo absoluto omnino litis contestatione non fieri novationem, sive creditori expediret id fieri, sive non expediret: quoniam semper ad novationem nova obligatione opus est, in quam transferatur vetus. *L. 1. D. de novationib.* Reo autem absoluto, apparuit ex eventu litis contestatione & iudicio accepto nullam natam esse obligationem iudicati, cum ita ab initio contracta esset, ut reus præstaret quod petitur, si esset iudicatus: quæ conditio illo absoluto deficit. Sed si reus condemnatus erit, ut tum constare incipiat vere iam inde a lite contestata [22] contractam

21) Hort. *ad L. 13. §. 4. de pig.* Agendo eatenus duntaxat creditorem a pristina obligatione discedere, quatenus eam in meliorem & certiorem mutat. Hotom. 4 *Obs.* 5. & *ad L. 1. C. de iudic. & ad L. 8. C. de pig.* Novari hic obligationem, sed non substantia ut in voluntaria, quæ essentiam obligationis immutat, sed duntaxat in forma ut ex temporali perpetua fiat. Sed melius Gœd. *d. C. 5. n.* 73 *&* *n.* 86. sufficere si hæ duæ species in generali & materiali effectu conveniant, ut communione generis contineantur. Nam quæ specie forma & fine differunt, utique & effectu formato & finali. Sicuti & stipulatio prætoria & conventionalis, sequestratio voluntaria & necessaria multum in effectis dissident. Quin imo A. Fab. 16. *Coniect.* 14. *ex d. L. 13. §. 4.* infert hic novationem fieri, tum quia alia ibi ratio decidendi adfertur, tum quia alias nulla dubitandi ratio: quin si prior actio adhuc subsisteret, eique nova accessisset, pignora durarent.

22 Gœd. *d. Consl.* 8 n. 84. *& seq.* Iudicatum per se non novat, sed ante factam novationem perficit, quia actor censetur hac conditione transfudisse priorem obligationem in iudicialem, si res iudicata sequatur. Quæ ratio firmior quam illa Hortensii *ad d. L.* 19. quia in omnibus imperfectis initium spectetur, ideo litis contestatione novationem hanc acceptam ferri. Aliter A. Fab. 16. *Coniect.* 14. diversam novationem, quæ per sententiam, ab ea, quæ iudicii acceptione fit, statuens.

ctam fuisse creditori novam obligationem iudicati, expediat autem ei novam hanc obligationem sic accipi, ut a priore obligatione aliqua in re recedatur, & hactenus novatio fiat, ita ius esse reperiemus, ut placeat hactenus litis contestatione fieri istam novationem, quam dicimus, idque convenienter iis ipsis regulis iuris quas posui supra, quibus efficitur unumquemque litem contestando conditionem suam facere plerumque meliorem, *d. L. non solet. L. nemo enim, de regul. iur.* In quo si animum novandi in actore quærimus, in promptu est. Nemo enim iudicio agit, nisi ut quod petit, quam optima & tutissima via iudicio consequatur. Quod si aliter non potest, quam priore obligatione remota: non dubium id quidem est, quin hic creditori animus sit, ut velit rem ita transigi. Neque vero in eo consensum novationis a reo expectare debemus: quem exigere absurdum est ab eo, adversus quem invitum iudicium redditur. Omninoque si quid in actione & intentione actoris utile est, id ex arbitrio & sensu actoris est æstimandum, *argum. in L. si quis intentione, D. de iudic.* Multo minus exigemus in hac caussa, ut ambo actor & reus nominatim exprimant se hoc animo esse, ut lite contestanda fiat novatio. Nam in quo ne consensum quidem exigimus a reo, multo minus ab eo in ea re ut aperte consentiat, exigamus. Non adversatur Iustiniani constitutio. *L. ult. C. de novationib.* quæ exigens, ut contrahentes de animo novandi exprimant, & præterea loquens de iis, quæ in secunda obligatione adiiciuntur ex consensu, ut & verba ostendunt, & declaratur amplius in *§. præterea. Institut. quib. mod. toll. obligat.* aperte ad voluntarias novationes pertinet, non ad necessarias, & ad iudicium acceptum; in quo nihil novi adiicitur, sed petitur id solum quod ante debebatur.

XXXVIII. Nunc ne novationem istam necessariam videamur fingere, quæ nusquam est, aut in verbis tantum ponere, quæ non est in re: uti ea commoda est actori adversus debitorem agenti, ita licet eam spectare in his rebus: in petitione unius ex reis stipulandi, in usuris rei iudicatæ, in pœnalibus actionibus iudicio inclusis. Unus ex duobus reis stipulandi si iudicio egerit adversus promissorem, scriptum est in *L. 2. D. de duob. reis* ea petitione totam solvi obligationem. Intellige priorem, non novam iudicati, quæ potius petitione & litis contestatione agenti constituta est. Quomodo ergo prior sublata, cum nondum debitor solverit? Non alia hic ratio tollendæ prioris obligationis intelligi potest, quam novatio, & ea novatio, quæ inest in litis contestatione, de qua agimus. Inde autem hæc novatio, quia unus ex reis stipulandi agendo id spectat, ut eam actionem suam propriam faciat: quod non aliter fit, quam si prior obligatio tollatur, atque hoc modo adimatur alteri stipulandi reo, ne is aut postea agendo ad se traducat actionem, aut a debitore debitum accipiendo debitorem liberet. Id autem agenti tribuitur. Atque hinc si ex duobus reis stipulandi semel unus egerit, placet promissorem alteri offerendo pecuniam nihil agere, id est, a petitione semel instituta non liberari. *L. si ex duobus, 16. D. de duob. reis.* Quod certum argumentum est desiisse promissorem pecuniam illi alteri debere: nam si ei adhuc pecunia debita esset, ut prius, ei quod debetur, solvendo debitor liberaretur. *Inst. quib. mod toll. obl.* in princ. Hoc autem desiisse debitorem alteri stipulandi reo pecuniam debere, nihil aliud est, quam debitorem ab eo stipulatore esse liberatum. Quod si id fit petitione seu litis contestatione, quia ita agenti expedit; planum est hac litis contestatione hactenus novari & tolli priorem obligationem. In usuris rei iudicatæ etiam propter has novatur, novatio prioris obligationis inducitur, ut est in *d. L. ult.* in princ. *C. de usur. rei ind.* Non alia de caussa, ut *ibidem* explicatur, quam quod hic obligationem novari actoris interest, ut ex iudicati actione consequatur usuras centesimas lege post id tempus constitutas: quas non posset consequi, si etiam usuræ præcedentis obligationis currerent. Sic enim fieret, ut aut istas solas consequeretur, aut si centesimas adiiceremus, consequeretur binas usuras, quod ius non patitur. Ita fit, ut ad usuras centesimas actioni iudicati inducendas necesse sit cessare usuras præcedentis obligationis: quod cum fieri non possit, nisi discedatur ab ea obligatione, & sola inducatur nova iudicati; ideo pro commodo actoris & hoc ipsum placuit. Et in eo est illa novatio, qua vere Iustinianus actione iudicati priorem contractum novari dixit. Non dixit litis contestatione. Sed nihilominus verum est fieri litis contestatione, quia iudicati actio litem contestando & iudicium accipiendo contrahitur, etsi sub conditione si reus iudicatus erit, ut diximus in obligatione huius generis. In pœnalibus actionibus adversus heredes transmittendis non dissimilem novatio-

tionem, quæ per litis conteſtationem inducatur, licet agnoſcere. Nam ipſa actio pœnalis, quæ ab initio ex maleficio propoſita eſt, mortuo eo qui deliquit, nunquam poteſt adverſus heredes dari. Vetant conſtitutiones, quibus efficitur heredes pœna non teneri, heredes in pœnam non ſuccedere. *L. conſtitutionibus, D. de obl. & act. L. pen. D. de oper. no. nunt.* Et tamen placet ſi vivus qui deliquit, conventus fuerit, & iis cum eo conteſtata, pœna perſecutionem tranſmitti adverſus heredes; & quod idem eſt, lites conteſtatas in heredes tranſire. *d. L. conſtitutionibus L. ſciendum, de obl. & act.* pro quo etiam alibi dictum eſt, litis conteſtationem ſeu poſt litem inchoatam pœnales actiones omnes tranſmitti. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut. L. omnes, D. de oblig. & act.* Quo iure, aut quam hic obligationem vel actionem tranſmitti putamus? Ne dixerimus veterem, hæc enim cum pœnam perſequatur, non poteſt competere in heredem, qui in pœnam non ſuccedit. Nova eſt obligatio quæ hic tranſmittitur: illa videlicet iudicati, quæ litis conteſtatione contracta eſt: quæ ideo tranſmittitur, quia pœnam non continet, ſed rei perſecutionem. Eſt enim ex contractu. *L. 3. §. idem ſcribit, D. de pecul.* cuius generis actiones omnes rei perſecutionem habent, quam ob cauſſam & in heredes dantur, *§. rei perſequendæ, Inſtitut. de action. L. ex contractibus, D. de obligat. & action.* Hæc ergo tranſmiſſio non aliunde, quam ex novatione quæ per litis conteſtationem contigit: ubi ſcilicet priore obligatione in iudicati obligationem deducta, manet ſola poſterior iudicati, quæ utiliter ad heredes tranſmittatur. Et tamen quia hæc poſterior habet illam priorem in ſe tranſfuſam, fit, ut cum iudicati obligatio tranſmittitur in heredes, vi ipſa videatur & pœnalis actio tranſfuſa tranſmitti. Qua ratione dicuntur etiam a veteribus ipſæ pœnales actiones litis conteſtatione tranſmitti, & perpetuari: *d. L. ultim. de fid. tut. d. L. omnes, de obligat. & actionib.* cum tamen re vera tranſmittatur ſolum nova obligatio iudicati priore ſublata: ſed ita nova, ut prioris perſecutionem in ſe acceperit, eamque exſequatur, ut proinde effectu ipſo tranſeat actio vetus.

XXXIX. Ex his intelligi iam poteſt, quid commune habeant inter ſe novatio voluntaria, & neceſſaria, & quid diſtet una ſpecies ab altera. Genus in his commune, quo continentur hæc tria, ut in utraque novatione obligatio conſtituatur nova, in quam deducatur prior, & ita deducatur, ut perimatur, ſi modo hoc ipſum actum ſit, ut novatio fieret.

XL. Sed cum ad ſpeciem ventum eſt, in qua ſpectantur, quæ ſunt cuiuſque ſpeciei propria, diſtant hæ ſpecies plurimum, ſive cauſſas eorum ſpectes, ſive vim ac poteſtatem. In cauſſis hoc eſt diſcrimen. Novatio voluntaria ut conſtituta inter conſentientes, fit per ſtipulationem, aut ita per litis conteſtationem, ſi iudicio agatur cum alio quam debitore, qui debitoris nomine ſe liti obtulerit. Neceſſaria ut extorta ab invito, fit ſolum per litis conteſtationem, & eam quidem interpoſitam cum debitore, adverſus quem ſolum invitum ut actio, ita & iudicium eſt. Novatio voluntaria ut conſenſu duorum conſtans, non fit niſi voluntate novandi ab utroque ex contrahentibus interpoſito: *L. 1. C. de novationib.* Novatio neceſſaria non fit quidem ſine animo novandi; ſed ita, ut hic ſpectetur tantum animus eius qui agit: non etiam debitoris, cum quo agitur; cum etiam ſi maxime recuſet, fit tamen iudicium & litis conteſtatio adverſus eum etiam invitum conſtituta. Sed & hunc animum novandi in voluntaria novatione verbis exprimi oportet. *L. ultim. C. de novationib.* In neceſſaria non eſt neceſſe: ſed prout creditori expedit litis conteſtatione novationem fieri, ita ille hoc ipſum velle atque id agere intelligitur, ac fit etiam ea novatio, quam dixi, ut ea exempla, quibus modo in hoc genere uſi ſumus; demonſtrant.

XLI. Vis quoque utriuſque novationis longe diſſimilis. Nam voluntaria novatione interpoſita ita tollitur prior obligatio, ut nulla ex parte maneat creditori, neque in ſorte, neque in ullis commodis, quæ fuerint eius obligationis, ut ſupra in hoc genere oſtendimus; quæ vera novatio eſt. Litis autem conteſtatione ſic fit novatio prioris obligationis, ut fiat hactenus quatenus utile eſt creditori; quatenus autem utile non eſt, non fiat. Itaque ſi proponas ex duobus reis ſtipulandi unum egiſſe adverſus debitorem, ſic ea petitione tolletur actio vetus alteri ſtipulandi reo, ut eadem maneat integra ei qui agit eiuſque actionis commoda omnia, puta fideiuſſores, pignora, uſuræ; quorum ſcilicet nihil decedit actori per litis conteſtationem cum debitore interpoſitam. *L. ſolutum,* in princip. *D. de pignor. actio, L. aliam, D. de novat.* Utrumque, quia ita fieri in utramque partem ei qui egit, expedit. Sic & in uſuris per litis con-

contestationem novatio fit; sed re demum iudicata: quia tunc primum actoris interest ita fieri, ut deinceps consequatur usuras centesimas. Nam ante rem iudicatam cum aliæ usuræ iure non inducantur, quam quæ in priorem obligationem deductæ sunt, utile est manere veterem obligationem, quo & usuræ ea obligatione debitæ currant usque ad rem iudicatam; quod & receptum est. *L. lite, D. de usur. d. L. ult. C. de usur. rei iud.*

C A P. XXI,

De acceptilatione.

Acceptilationis cum novatione convenientia & differentia. I.
Acceptilatio quid sit, præcipuæ definitionis partes quatuor, & quæ. II.
Constat interrogatione debitoris, & creditoris responsione, non interrogatione mutua, nisi abusive dicta. III.
Interrogatione vero & responsione ad liberationem comparata. IV.
Eaque concepta verbis in præsens, vel in præteritum, non in diem vel sub conditione, & quare. V.
Si tamen dies & conditio exprimantur; secus cum tacite intelliguntur. Quæ differentiæ ratio. VI.
Solus creditor debitori potest acceptum ferre, non alius eius nomine, etiam qui solutionem accipere possit, aut novare. VII.
Ideo nec tutor; nec curator. VIII.
Nisi obliqua via acceptum ferant. Hoc quale sit. IX.
Item nec procurator, etiam specialis, & quare. X.
Nisi & hic prius novet, & dein acceptum ferat. XI.
Solus debitor ipse per se acceptum rogans liberari, non alius, etsi tutor aut procurator acceptum rogando liberare potest; & quid ita. XII.
Contrariis occurritur. XIII.
Nisi qui alteri acceptum rogat sit in eius potestate; & qui tales sint. XIV.
In acceptilationem deducitur res debita dumtaxat, seu species, seu pecunia, sive pars sive totum. XV.
Si aliud a re debita: inutilis erit acceptilatio. Aliud cum re debita potest deduci. XVI.
Aliud, an idem quod debetur in acceptilationem deducatur, ex re, non verbis æstimandum; & quatenus. XVII.
Sola verbis contracta obligatio pura vel in diem, aut sub conditione acceptilatione tollitur. XVIII. XXI.
Ulpiani locus in L. & per, 13. *in princ.* de accept. *explicatur*. XIX.
Ex Aquiliana tamen stipulatione tollitur omnis alia obligatio. XX.
Qui finis, idemque necessarius acceptilationis. XXII.
Acceptilatio debitoris est liberatio, non creditoris. Exponitur L. 1. de accept. XXIII.
Non licet creditori acceptilationem revocare, licet adversus apocham suam probet, si velit. Differentiæ ratio. XXIV.
Acceptilationem quæ consequantur. XXV.
Imperfectæ seu inutili acceptilationi non inest liberatio, sed utile pactum ad liberandum. XXVI.
Nisi contra sensum fuisse appareat: Hoc quatenus. XXVII.
Nec semper utile pactum illud ne petatur. *Quando tale non sit*. XXVIII.

I. HÆc de novatione. Est a consensu alterum liberationis genus acceptilatio. Genus superiori affine: quo & ipso obligationes aliæ, quam quæ nudo consensu contractæ sunt, dissolvuntur: consensu quidem sine alia rei debitæ præstatione; verum consensu non nudo, sed verbis ad consensum accedentibus: quæ omnia sunt illi cum novatione communia ad liberationem. Hoc maxime inter utrumque interest, quod novatio interdum fit per litis contestationem; acceptilatio nunquam nisi verbis. Novatione tolli possunt omnes obligationes quocumque modo contractæ: Acceptilatione non nisi eæ quæ verbis contractæ sunt. Et cum ad liberationem ventum est, novatio ita tollit præcedentem obligationem, ut semper inducat novam: acceptilatio nihil nisi solutio est præcedentis obligationis sine ulla no-

ła nova obligatione: de quibus, & si quid præterea inter ista intereit, cognita huius generis natura deinceps constabit.

II. Acceptilatio est [1] verborum conceptio, quibus creditor cui verbis quid promissum est, rogatus a promissore, an quod ita debetur, acceptum habeat, faciat, ferat; respondet se acceptum habere, facere, ferre, iiberandi eius caussa. Plena hæc definitio est, quæ naturam totam acceptilationis continet. Tantum efficiendum est, ut quam vera sit, quamque vim habeat, cognoscatur. Quam ad rem partes summæ definitionis nobis observandæ sunt, & quid unaquæque iure exigat ad acceptilationem perficiendam, considerandum. Animadvertendum est igitur comprehensas esse superiore definitione caussas illas quatuor, quibus res unaquæque constare consuevit, quibus & ipsis perficitur acceptilatio: formam, efficientem caussam, materiam, finem. Forma est conceptio verborum superior. Efficiens caussa, personæ interrogantis, & acceptum ferentis. Materia, res quæ in acceptilationem deducitur. Finis, liberatio. Horum in unoquoque quid ius postulet, distincte videamus.

III. Acceptilatio est conceptio verborum: genus liberationis, quod verbis sine solutione transigitur, & verbis, non consensu solo. *L. an inutilis*, 8. §. *acceptum*, *D. de accept.* Verba in hac conceptione sunt, interrogatio debitoris, & responsio creditoris acceptum ferentis, ut declarat forma acceptilationis ex professo tradita in §. *item per. Inst. quib. mod. tol. oblig.* & *L. sane*, 7. *de accept.* Itaque si proprie loqui volumus, nihil minus verum est, quam acceptilationem esse liberationem per mutuam interrogationem, ut definitur in *L.* 1. *D. eod.* Ea enim mutua interrogatio est, cum in eo quod geritur uterque alterum mutuo interrogat. Quod non fit in acceptilatione, atque adeo quo minus fiat, naturæ eius adversatur; ubi unum esse oportet qui interroget, alterum qui respondeat. Nisi forte responsio est interrogatio. Relatorum hæc natura, ut nunquam unum possit esse alterum. Unde hæc & inter contraria numerantur. Nec mihi hic quisquam dicat cum [2] Accursio interdum novationem præcedere acceptilationem, ut fit in *L.* 13. §. *penult. D. eod.* in novatione autem creditorem interrogare, in acceptilatione autem sequente commutari vices, & debitorem interrogare. Nam sæpe sola est acceptilatio, quam profecto mutuam interrogationem dicere non possis, ubi debitor prius interrogatus non fuerit. Tum autem ut maxime præcedat novatio, quam acceptilatio sequatur, semper tamen distinctæ hæ species sunt novatio & acceptilatio, ut neque propter acceptilationem novatio, neque propter novationem præcedentem acceptilatio mutua interrogatione constare dici possit. Si quo ergo modo superius dictum de mutua interrogatione defendi potest, sic videtur posse, ut agnoscamus abusive dictum, & mutuam interrogationem appellatam, quæ in se quidem una est, sed mutuam habere & subsequentem responsionem, tamquam partem prioris interrogationis.

IV. Hæc interrogatio & responsio in acceptilatione non est quælibet, sed ea quæ liberationi conveniat. Alioqui & stipulatio est verborum conceptio, similiter interrogatione & responsione mutua constans; sed in qua ut in obligatione contrahenda, interrogatus quis an det aut faciat, daturum facturumve se id quod interrogatus est respondet. *L.* 5. §. *stipulatio*, *D. de verb. obl.* Non sic acceptilatio: quæ ad liberationem comparata interrogationem & responsionem congruentem desiderat. Est igitur ea, in qua debitor creditorem interrogat, num acceptum habeat quod debetur, creditor respondet se acceptum habere. *d.* §. *item per. Inst. quib. mod. toll. obl.* In quo hæc verba veteribus usitata sunt, ut pro eodem dicant acceptum habere, acceptum facere, acceptum ferre, ut inter multos patebit ordine ex bis locis, *d.* §. *item per. L.* 6. *L. pars*, 9. *L. sane*, 7. *L. & per.* 13. §. 1. & deinceps singulis §§. *seqq. D. de accept.* Hinc ex re nomen. Quia enim hic debitum acceptum fertur, inde factum ipsum dictum acceptilatio. Poterat quidem dici accepti habitio, & accepti factio, postquam utrumque recte dicimus acceptum habere, & acceptum facere.

1) Cuiac. *in Par. h.* Verborum conceptio, quibus se absolvunt duo, ultro citroque. Vult. 1. *Iurispr.* 55. *n.* 2. Stipulatio qua creditor debitori debitum accepto tulit. Et stipulationem quoque vocat P. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 7. Sed recte Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *Concl.* 13. *n.* 71. & *C.* 12. *Concl.* 13. *n.* 19. conceptionem quidem verborum hanc esse ac per interrogationem & responsionem, stipulationis instar, expediri: non ideo tamen stipulationem, cum contractus non sit, caussa commercii, ex qua producitur obligatio, carens; ac finem stipulationi plane contrarium habens, non constituendi obligationem, sed perimendi.

2) Male item qui verba illa non ad communem acceptilationem, sed eam, quam præcessit Aquiliana stipulatio, referunt Ræv. *ad L.* 35. *de R. I.* Cuiac. 5. *Obs.* 36. Hotom. 3. *Obs.* 18. qui Tribonianum inde insectatur, quod cum tradere debuerit definitionem communem omni acceptilationi, ex Modestino eam sumpserit, quæ soli Aquilianæ competit.

cere. Sed utrumque in compositione visum est paulo durius: lenius autem & commodius ad dicendum acceptilatio. Hinc electum quoque verbum acceptilationis; quo & in hac re nunc tantum utimur. Bene Cicero monet in *Topicis*, quo loco in explicatione generis de formis & speciebus agit, etsi in re non multum refert sæpe, quibus verbis utamur, tamen si uno commodius uti possumus, quam alio, commoditatem in dicendo non esse negligendam.

V. Diligenter autem animadvertendum est, qualem illam interrogationem & responsionem esse dicamus: nempe hanc, qua interrogetur creditor, an acceptum habeat, ipse respondeat se acceptum habere, verbis videlicet in præsens & præteritum conceptis. Id ita proprium acceptilationis, ut si quid horum in futurum concipias, non fit acceptilatio. Inde dictum acceptilationem neque in diem, neque sub conditione fieri posse, & si facta sit, nullius esse momenti. *L.* 4. *L.* 5. *D. de accept.* In diem; ut si ita concipiam, quod tibi promisi, acceptum habebis Calendis? Sub conditione; velut, acceptum habebis, si navis ex Asia venerit? Hæ ergo ita inutiles sunt acceptilationes, ut nec cum Calendæ venerint, nec cum extiterit conditio, eo magis contingat liberatio: quia ne ab initio quidem acceptilationes fuerunt, repugnante forma acceptilationis. In quam sententiam & illud dictum est regula iuris, actus legitimos qui non recipiunt diem vel conditionem, qualis est acceptilatio, in totum vitiari per temporis vel conditionis adiectionem. *L. actus, D. de reg. iur.* Sed cum stipulatio, quæ itidem est verborum conceptio interrogatione & responsione consistens, recte concipiatur in diem, & sub conditione, *§. omnis, Inst. de verb. oblig.* cur non item recte & acceptilatio, quæ eadem ista conceptione perficitur? Natura utriusque generis id facit, quæ ut contraria est, ita ius contrarium sibi conveniens postulat. Stipulatio concipitur obligationis contrahendæ caussa: acceptilatio dissolvendæ: Obligationis substantia in eo est, ut quid præstetur in futurum, cuius præstationem ideo differri oportet. *L.* 3. *D. de obl. & act.* Quare convenit huic naturæ, ut recte adiiciatur stipulationi, quidquid ad differendam obligationem valet, sive is dies est, sive conditio. Solutio autem obligationis & liberatio nulla, nisi in præsens: cum si differatur vel momento, vere dici possit nondum esse liberationem. Idque intelligi potest exemplo solutionis; quæ eiusmodi est, ut nisi quid iam nunc præstetur, re vera, & ita præstetur, ut statim fiat accipientis, idque perfecte, non sit solutio, eoque nec liberationem adferat. *L. cum quis*, 38. *§. qui hominem. L. qui sic*, 55. *D. de solution.* Iam vero solutionis exemplo acceptilatio solet liberare, inquit Ulpianus in 3 *L.* 5. *D. de accept.* Unde intelligimus eum hoc argumento recte colligere, ne in diem quidem acceptilationem fieri posse. Sed & hoc multo iustius licet dicere in acceptilatione. Nam in solutione si quid præstetur creditori ea lege, ut eius fiat Calendis, aut sub conditione, etsi solutio non est, nec liberat debitorem; tamen nihil fit, quo obligetur creditor contra finem & propositum solutionis. At hoc contra futurum est in acceptilatione, si eam in diem aut sub conditione admittimus. Nam cum ita interrogo creditorem, quod tibi promisi, acceptum habebis Calendis? si hoc valere volumus, stipulatio contrahetur, qua id agitur, ut ille mihi obligetur ad promissum accepto ferendum. Hoc vero tantum abest, ut conveniat acceptilationi, quæ est liberatio, ut maxime sit contrarium. Ita fit, ut neque hic nascatur liberatio, quia verba repugnant; neque obligatio, quia conceptio non obligandi caussa interposita est, sed liberandi: neque præterquam quod inter aliquos actum est, obligatio inter eos, aut liberatio, vel ulla acquisitio nasci potest. *L. non omnis, D. si cer. pet. L.* 1. *§. eum quib. D. de pec. constitut. L. eum qui ita* 56. *§. qui sibi, D. de verb. obligat.*

VI. Quod tamen dicitur, in diem aut sub conditione acceptilationem fieri non posse, sic accipiendum est, si exprimatur dies, aut conditio, ut in suprascriptis exemplis fieri ostendimus. Quod si non exprimantur ista verbis, valebit acceptilatio, etsi interdum accidet, ut eadem hæc tacite intelligantur. Id autem accidit, cum quod in diem vel sub conditione debetur, accepto fertur. Nam & hic placet debitum acceptilatione tolli: sic tamen, ut ita id factum appareat, 4 si conditio

3) Briff. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Acceptil. p.* 376. Sententia, ait, *d. L.* 5. hæc: Quia statim liberat, instar solutionis, non potest ferre moram temporis vel conditionis. Natura non patitur, ut liberatio, ipso actu ex præsenti contingens, in diem suspendatur. Ineptus is, qui hodie dicat se aliquem liberare Calendis proximis. Actus enim ipse voluntati eius repugnat.

4) Briff. *d. lo. p.* 378. Hotom. *Ill. Q.* 34. Nec tamen hic quoque liberatio fit pendente conditione, cum privatio præsupponat habitum, sed eveniente ea retrotrahitur, & quodam novo iure firmatur liberatio *L.* 16. *de solut.* Sane sic statim continget liberatio, si conditionale debitum prius per novationem in puram obligationem transfundatur *L.* 21. *b. t.* P. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 5.

ditio stipulationis exstiterit, aut dies venerit. *L. quod in diem*, 12. *D. de accept.* Et sane utcunque acceptilationem valere volumus, necesse est illa exspectari: cum debitum conditionale tolli non possit, nisi prius fuerit debitum, nec psse esse, nisi conditio eius exstiterit: quod autem in diem debetur, si deducatur in acceptilatinnem, videatur deduci eadem repetita die. At qui convenit hanc acceptilationem admitti, quam fatemur in diem aut sub conditione esse, quomodo acceptilationem fieri posse ante negavimus? Nempe ideo, quod acceptilatio verbis pura est, dum creditor in præsens se quod debetur, acceptum habere respondet: dies autem vel conditio, si qua hic inest, intelligitur tantum, non exprimitur. Sic est regula iuris, quæ huc pertinet, quæ contractibus, aut voluntatibus adiici prohibentur, qualis in hac specie dies vel conditio, ea expressa nocere; non expressa non nocere, tametsi intelliguntur. *L. nonnunquam, D. de cond. & dem. L. si quis Semproniam, D. de her. inst. L. expressa, D. de reg. iur.*

VII. Personæ per quas conficitur acceptilatio, sunt is qui rogat, num acceptum fiat, quod debetur, & is qui rogatus acceptum facit. Quæritur, quosnam hos esse velimus, ut utiliter interponatur acceptilatio, id est ita, ut debitor a creditore acceptilatione liberetur. Et non idem hic servatur in his personis, quod in solutione, & novatione, etsi acceptilatio solutio imaginaria esse dicitur. Non solus creditor solutum accipiendo debitorem liberat, sed etsi quis alius iure aut voluntate creditoris in eo utitur: nec solus debitor recte solvit, ut liberetur, sed ut alius quivis pro debitore solvendo eum ignorantem & invitum liberat. Nihil horum fere in acceptilatione. Solus creditor debitori acceptum ferre potest: alius nemo nomine creditoris, utcumque debitorem solutione liberare possit, aut novatione. Dixi suo loco extra creditorem duo genera esse eorum, quibus recte solvatur, & utiliter ad liberationem; eos qui iure in rerum alienarum administratione pro dominis habentur, ut tutores, & curatores. *L. quod si forte*, 14. §. 1. *D. de sol.* & eos quibus voluntate creditoris solvitur, ut procurator, & si qui sunt, quibus solvitur domini permissu. *L. vero.* 12. *L. antep. D. de solutionib.*

VIII. Sed & tutor, curator, procurator novando debitorem liberare possunt. *L. novare, D. de novat.* At nemo horum nomine creditoris potest acceptum facere. Denegatur hoc tutori & curatori in *L. & per.* 13. §. *pen. D. de accept.* Neque hæc parum consentanee constitui quis existimet, quasi sit utrumque simile liberationis genus, & tutores ac curatores utrobique pariter pro dominis habeantur. Multum enim inter solutionem, & acceptilationem ad utilitatem minorum interest. Tutor cum ei solvitur, pro liberatione pecuniam accipit, quam convertat in rem atque utilitatem pupilli: atque hoc est rem bene gerere, & administrare, cum ita obligationem tractes, ut fructum ad quem obligatio parata est, consequaris. Qui autem acceptum facit, is nihil accipit: eoque nec qui id facit, si debitorem liberet, rem administrat, sed perdit, ut de eo qui donat responsum est *L. filiusfamilias, D. de procu.* Sic est conditio tutorum & curatorum, ut pro dominis habeantur, dum tutelam aut curam administrant, non [5] cum minores spoliant. *L. qui fundum*, §. *si tutor, D. pro empt. L. tutor qui tutelam, D de adm. tut.* Quid est igitur, quod in *L.* 5. *D. de accept.* dicitur acceptilatio solere solutionis exemplo liberare, si hoc non est, eos quibus ad liberationem solvi potest, posse & acceptum ferendo tanquam justa solutione debitorem liberare? Id vero eam significationem non habet. Acceptilatio enim solutionis exemplo liberat: sed ea quæ vere acceptilatio est: prius enim acceptilationem esse oportet, quam ut dicatur aliquem liberare. Ea autem vere acceptilatio est, quæ iure perficitur. Vitiosa & imperfecta iure acceptilatio, acceptilatio non est: certe iure pro tali non habetur. *L. quoties, D. qui sat. cog. L. non dubium, C. de legib.* Nos autem ut apparet, de imperfecta loquimur, nimirum ea quæ tutori iure non conceditur. Atenim non ob aliam caussam dicitur a nobis iniusta hæc, & imperfecta tutoris acceptilatio, quam quod remittit obligationem debitori, & pro eo tutor nihil accipit: quod perdere est, non administrare. Cur ergo tutori permittitur pupilli obligationem novare, cum nec pecuniam pro hac liberatione accipiat? Quia pecuniam, quidem & rem debitam non accepit: at accipit novam obligationem, quæ novatione inducitur: atque in hanc transferri prio-

5) Ratio hæc non perpetuo hic conveniens. Alias nec interventu novationis tutor liberare posset. Nam imo quia quandoque potest interesse pupilli, forte absentis, ut accepto feratur, vid. *infr. N.* 15. hoc remedium inventum est, ut prius novet, deinde accepto ferat tutor. Vera igitur ratio quia acceptilatio actus legitimus, Briss. *Lib.* 2. *de Sol. fere initio.* Sane si minor acceptilatione læsus in integrum restituitur, Io. Mauric. *de Rest. in int. C.* 183. & *C.* 303.

priorem sæpe creditori pupillo expedit. Nec vero aliter conceditur tutori novatio, quam si pupillo expediat. *L. novare, D. de novat.*

IX. Sed quod hic tutor aut curator recta facere non possunt, remedio adhibito placuit eos obliqua via posse facere. Id autem remedium est, ut hi novent minorum obligationem, id est quod minoribus debetur, stipulentur sibi dari novandi animo, sic deinde sibi ex hac caussa debitum accepto ferant. Sic enim fieri placet, ut debitor priore obligatione liberetur per novationem, posteriore per acceptilationem: hoc in *d. L. ut per.* 13. *§. penul. de acceptilat.* De novationis liberatione non dubitatur: postquam hæc iusta ratione tutoribus & curatoribus concessa est: de acceptilationis liberatione potest dubitari. Cur enim potius obligationem tollere possint acceptilatione post novationem, quam ante? Sed & hoc optima ratione defenditur Nam ante novationem pupilli obligatio & actio est: post novationem fit obligatio & actio tutoris, qui sibi stipulando utramque in se transtulit. Ut alienam petitionem nemo extraneus tollere, aut mutare paciscendo potest: *L. debitorem, L. servus, L. filius, C. de pact.* sic nec tutor petitionem pupilli, si in eo tutoris officium, idest administrationis fines excedat At suam remittere ac tollere iustis modis quivis potest: & generaliter paciscendo deteriorem iuris sui persecutionem facere. *L. iurisgentium, §. si paciscar, L. pactum, D. de pact.*

X. Quod denegatur hic tutori, idem denegatur etiam creditoris procuratori. Tantum ei idem illud conceditur, ut possit novare domini obligationem, sic deinde hanc acceptilatione tollere; hoc in *d. L. & per.* 13. *§. penult. de accept.* Et hoc minus mirum, si dicatur de procuratore omnium bonorum. Dici enim potest administratione generaliter mandata, non contineri hac concessione, quod dominus specialiter non esset concessurus. *L. qui peculii, D. de pecul.* huiusmodi autem esse, ut procurator nulla re accepta remittat creditoris actionem; quod fit acceptilatione. At quid si hoc cuiquam specialiter mandatum sit a creditore, ut pecuniam acceptam faceret debitori? Et de omni procuratore dictum accipiendum est, quod dicitur in *d. L. & per. §. pen.* nec procuratorem quidem posse facere acceptum, ut contineatur etiam cui specialiter hoc concessum sit a creditore. Nam nec servum placet etiam iussu domini acceptum facere posse, quod domino debetur. *L. pen. D. de accept.* Est tamen is totus in domini potestate, & quidem ita, ut eius vox credatur domini vox esse. *§. ei vero, §. post mortem, Inst. de inut. stip.* Multo igitur minus poterit creditoris mandato extraneus, cuius non item eadem persona cum domino esse existimatur. Sed hic hæsitatur. Nam cur voluntate aperta creditoris id extraneo facere non liceat; cum quod fit voluntate creditoris, ab ipso creditore fieri videatur? *L. si ita, 59. D. de solut.* Id caussæ est, quod prius est, ut quid recte fieri possit ab extraneo, quam ut dicatur fieri nomine alterius. Quod solvitur nomine creditoris, id potest quivis extraneus natura accipere. Ideo potest accipere & creditoris nomine, ut periode sit, quasi datum solutum esset creditori. *d. L. si ita, 59. de solut. L. restituere, D. ad Treb.* At nemo extraneus potest quod sibi non debetur, acceptum facere. Natura, & Ius repugnant. Natura; quia non potest facere, ut sit acceptum, quod non accepit. Ius; quia si velit saltem pro accepto id haberi, id facit, quod solus dominus potest facere: cuius solius est de re sua statuere ut velit; vel ut quod habet, habere nolit; vel ut quod non habet, nec accepit, possit pro dato & accepto habere sola voluntate solutionis oblatæ contentus. *arg. L. in re, C. mand.* At procurator quantumcunque voluntate domini utatur ad aliquid gerendum, tamen dominus non est. Denique in eo, quod procurator dicit se acceptum habere; si id affirmat, confessione falsa utitur, quam ius & natura non recipit, cum nulli pecunia soluta sit: cuius generis confessiones ratæ non habentur. *L. confessionibus, L. si is cuius, seq. §. ultim. D. de inter. in iur. fac.* Si non affirmat, sed dicit se quod acceptum non est, facere, ut sit acceptum, potestate domini utitur, quam nulli ius concedit nisi domino. Quod si nemo qui dominus non est, potest per se acceptum habere, quod sibi non debetur: sit omnino, quod hic volumus, ut nec possit habere hoc aut illo modo, id est vel suo vel alieno nomine.

XI. Sed obstat *L.* 3. *D. de accept.* ubi ita scriptum est, per procuratorem nec liberari, nec liberare quemquam acceptilatione sine mandato posse. Ergo mandato saltem interveniente creditor debitorem per procuratorem acceptilatione liberare potest. Et hoc ita est: sed dum fiat eo modo, quem ante dixi, quique declaratur in *d. L. & per.* 13. *§. pen. eod.* ut scilicet procurator non acceptum ferat,

rat, quod creditori debetur, ſed ut prius novet, tum deinde ſibi promiſſum accepto ferat, quod creditori debetur. Quæ ſi ita ſunt, apparet vere in univerſum definiri, neminem alium quam creditorem acceptum debitori facere poſſe, quod creditori debetur; non dico ſi ſit extraneus, ſed nec ſi ſit tutor, atque adeo procurator, & is quidem, cui id ſpecialiter permiſſum ſit. Creditor autem ipſe debitorem acceptilatione liberare poteſt; & tamen ne hic quidem omnis, ſed idem qui & ſolutum accipiendo debitorem liberare potuit, id eſt cui bonorum ſuorum administratio non ſit adempta. Quibus autem adempta eſt, ut ſunt prodigi, pupilli adoleſcentes, ſi his non recte ſolvitur, ut debitor liberetur, quanvis pecuniam accipiant; multo minus debitori acceptum facere poſſunt, ubi nihil accipiunt, & aperte faciunt conditionem ſuam deteriorem.

XII. Quod in creditoribus placet, idem placet & in debitoribus; ut quemadmodum nemo debitorem acceptilatione liberare poteſt nisi creditor; ita nec poſſit quiſquam liberari, nisi debitor ipſe per ſe: alius autem acceptum debitori rogando liberationem ei acquirere non poſſit, exceptis ſolum iis, qui ſunt in debitoris poteſtate. Itaque non extraneo ſolum acceptum ferri non poteſt, quod alius debeat, ſed nec tutori nomine pupilli, nec procuratori nomine domini. Tantum hoc omnibus iſtis conceditur, ut novandi animo promittere poſſint creditori, quod alius debet; tum deinde novatione facta poſſint ut in re ſua acceptilatione liberari. Hoc idem in *d. L. & per.* 13. *§. penult.* In quam ſententiam accipiendum & illud eſt, quod [6] ſignificatur in *d. L.* 3. *D. eod.* per procuratorem liberari debitorem poſſe mandato interveniente. Poteſt enim iſto modo, ſi novatio præceſſerit: at non ita, ut procuratori recta acceptum ferri poſſit, quod dominus debeat. Et hoc eſt; nec tutor, nec procurator acceptum rogando pupillum aut dominum acceptilatione liberare poſſunt; nedum extraneus quivis debitorem ſine mandato.

XIII. At videamus, ne hæc ſententia & iuris & æquitatis rationibus maxime adverſetur. Ius certum eſt, unumquemque pro debitore ſolvendo poſſe eum & ignorantem & invitum liberare. *L. ſolutione. L. ſolvere, D. de ſolutionib* Nec minus conſtat id unumquemque efficere poſſe novatione, dum invito debitore idem promittit creditori animo novandi. *L. ſi debitor*, 91. *D. de ſolutionib. L. ſi Stichum* in fin. *D. de novationib.* Cur non igitur poſſit quiſque etiam acceptilatione, id eſt ſimili genere liberationis debitorem invitum liberare: idque eo magis, quod dicatur acceptilatio ſolutio quædam eſſe, certe liberare ſolere exemplo ſolutionis? *§. item per. Inſtitut. quib. mod. tolla. obligat. L. 5. D de accept.* Quod ſi conſulimus rationem æquitatis & naturæ, ea multo magis adverſari reperietur. Hæc autem eſt, quæ eadem & conſtituta eſt iure civili, & ſuperiores liberationes admiſit, deteriorem conditionem alterius facere neminem poſſe; meliorem autem licere unicuique facere etiam ignorantis & inviti. *L. ſolvendo, D. de neg. geſt. d. L. ſolvere, D. de ſolutionib.* Et de diſſimilitudine iſtarum liberationum primum, deinde de ratione ſuperiore breviter reſpondebo. Sic res habet, ut ſi ſolutionem & novationem, & acceptilationem pro alio admittamus, non minus hic acquiratur liberatio debitori ex ſolutione, & novatione, quam ex acceptilatione. Sed ex ſuperioribus cauſſis per extraneam perſonam liberatio debitori acquiri poteſt: ex acceptilatione non poteſt. Sic enim eſt regula iuris, per extraneam perſonam quæ iuri noſtro ſubiecta non eſt, nobis acquiri nihil poſſe, niſi ſit quod naturaliter acquiratur, ut poſſeſſio. *L. 1. C. per quas perſo. §. ex his, Inſtitut. eod. tit.* Ex quo eſt illa diſtinctio *L. eaque D. de acq. rerum dom.* Ea quæ civiliter acquiruntur, per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt, nobis acquiri,

6) Convenit ſolutio Cuiacii *in Lib.* 28. *QQ. Papin. ad L.* 77. *de R. I.* Quæ tamen diſplicet Hotom. *in Append. ill. Q.* 34. Qui *d. Q.* 34. cenſet verba, ſine mandato in *d. L.* 3. aut ex gloſſemate cuiuſdam irrepſiſſe, aut pro iis reponend. *ſine novatione*. Quorum prius ante eum viſum, Briſſ. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Accepti. p.* 362. quem laudat & ſequitur P. Fab. 2. *Semeſtr.* 22. Sed recte, opinor, noſter & Cuiacius. Nec quis obiiciat cui bono mandatum, cum & abſens, extraneus, invitus, ſine mandato, per quemvis liberari poſſit. Nam de ſolutione equidem hæc vera, at non de hac liberatione, quæ actus legitimus eſt & ſolemnis *L.* 77. *de R. I. L. ult. C. Quæ infr. cred.* de quo præter alios P. Fab. *ad d. L.* 77. *p.* 349. *&* 2. *Semeſtr.* 22. ideoque per alium expediri non poteſt. Procurator ſine mandato ſpeciali ne quidem novatione prævia acceptilatione liberare poteſt, cum novandi ius non habeat *L.* 4. *C. de novat.* De procuratore autem omnium bonorum, qui novare poteſt *L.* 20 *D. eod.* non neceſſe eſt legem exaudire: Quod ſi de eo quoque exaudienda, quid impedit verba *ſine mandato* accipere tam de generali vel ſpeciali. Sine mandato vel generali vel ſpeciali nullo modo poteſt acceptum vel habere, vel rogare. Procurator cui ſcilicet aliud exigere vel ſolvere ſolutumve accipere mandatum eſt, arg. *d. L.* 4. cum mandato vel generali vel ſpeciali poteſt, quod a contrario ſenſu infertur, ſed prævia novatione *d. L.* 13. *§.* 10. *h. t.* ne iuris regulæ violentur. Et quidem rogare indiſtincte, accepto ferre ſi ſpecialiter iuſſus, vel ſi procurator omnium bonorum, non donandi cauſſa, remittat vid. *infra N.* 15.

ri, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicut est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiri. Iam vero quæ liberatio acceptilatione acquiritur, ea civiliter acquiritur, ut obligatio stipulatione: utraque enim & acceptilatio & stipulatio certa & solemni conceptione verborum iure civili inducta constat. Eo fit, ut secundum regulam & distinctionem supra scriptam liberatio acceptilationis per liberam personam debitoris iuri non subiectam debitori acquiri non possit. Diversa caussa est eius liberationis, quæ solutione acquiritur. Ipsa enim solutio naturalis præstatio est, quæ in creditorem confertur. Proinde & hinc liberatio si debitori placet, recte & ex distinctione superiore debitori acquiretur: si displicet, nihilominus acquiretur invito, quia creditore obligationem omittente, necesse sit per consequentias debitorem liberari, ut docui ad *L. servus*, 62. *D. de verb. obligat.* Nec minus licet idem dicere de novatione. In qua quod nova obligatio præstatur creditori, qua ille contentus est pro priore debito, solvi ei videtur. Nam & in cæteris rebus aliud pro alio volenti recte solvitur, ut pro iusta solutione id cedat. *L. manifesti*, *C. de solution.* Huiusmodi præstatio in acceptilatione re vera nulla intercedit: ut certum sit nihil in ea naturaliter geri ad liberationem, & ob id recte dicatur nihil eo modo per alium debitori acquiri posse. Neque vero huic distinctioni adversatur superior ratio naturæ, quæ suadet unumquemque posse alterius conditionem meliorem facere etiam ignorantis & inviti. Hoc enim ita dicitur, dum ne eodem facto quid adimatur alteri. Nam quæ hic regula alterius conditionem meliorem facere concedit, eadem deteriorem facere vetat. *d. L. solvendo*, *D. de negot. gest.* Atqui ita est liberatio acceptilationis, ut si hanc debitori per alium acquiri volumus, necesse sit una creditori adimi suam actionem. Quod posterius cum natura non permittat, fit, ut nec permittatur alterum, quod cum priore incommodo coniunctum est. Nec aliunde natum est, quod placuit alteri stipulari & acquirere obligationem neminem posse. Nam hic dum acquirere volumus alteri obligationem, alium obligatione oneramus, id quod in re aliena ius non concedit: ut ostendi ad *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *D. de verbor. obligationib.*

XIV. Sane ut cæteræ res etiam quæ civiliter acquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, nobis acquiri possunt, ita potest & liberatio per eos acceptum rogantes debitori domino acquiri: ut scilicet his rogantibus, si creditor respondeat se acceptum ferre, quod dominus debuit, dominus liberetur non minus, quam si ipsi roganti creditor accepto tulisset. Nec interterit, servus sit proprius debitoris, an communis cum aliis. Servus communis, sicut uni ex dominis stipulari potest, atque hoc modo ei stipulationem civiliter acquirere, ita etiam acceptum rogare uni ex dominis potest, ut eum in solidum liberet. *L. an inutilis*, 8. *§.* 1. *de acceptil.* Idem igitur probandum est & in cæteris personis, per quas nobis acquiri potest, puta servis in quibus usumfructum vel usum habemus, servis & liberis hominibus a nobis bona fide possessis. Ut si fructuarius servus acceptum roget fructuario, bona fide possessus acceptum roget possessori suo, ambo & fructuarius, & possessor liberentur. Nam & per hos acquiritur fructuario & possessori, si quid ex re eorum quæritur, *§. de iis*, *§. idem placet*, *Instit. per quas person. nob. acquir.* Hic autem & species acquirendi est liberare debitorem obligatione, & qui debitorem ita in re eius liberat, ex re eius illi acquirit. Hoc in *L. species*. 11. *de accep.* Ergo & filiusfamilias acceptum rogando quod pater debuit, patrem acceptilatione liberabit: postquam & hæc liberatio ex re patris est, & quidquid filiusfamilias ex re patris acquirit, id patri acquiritur, etiam novis constitutionibus *§.* 1. *Inst. per quas person. nob. acqu.* Nec minus si servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, contingit liberatio, ut per hoc hereditas ipsa liberetur, quæ domini defuncti personam sustinet. *L. servus*, *§. ult. de accept.*

XV. Res quæ in acceptilationem deduci potest, est in summa id quod debetur, & debetur ante contractum verbis. Primum debitum esse oportet, quod ab utraque parte in acceptilationem deducitur. Id eo pertinet, ut sive interrogatio & responsio sint de alio accepto ferendo, quam quod debetur; sive una harum tantum, velut rogante debitore de debito creditor aliud acceptum ferat, vel contra: acceptilatio fit inutilis. *L. & per*, 13. *§. illud*, *§. eum qui*, *L.* 6. in fin. *D. de accept.* Et hoc est quod definitur in 7 *L. nisi*, 14. *D. eod.* nisi consentiat acce-

7) Atqui mortuus homo accepto ferri potest *L.* 91. *§. ult. de V. O.* Quia videlicet adhuc debetur, ob moram perpetuata obligatione. Tametsi is rei exitus futurus, ut æstimatio præstanda sit, Bruss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 366.

acceptilatio eum obligatione, & nisi verum sit, quod acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem. Est enim hic sensus, nisi acceptum rogetur & feratur id quod in obligatione est, id est, quod debetur, nec solum quod dicitur deberi, sed quod vere debetur, nullam esse acceptilationem, nec inde liberationem nasci. Sed dum debitum in acceptilationem deducatur, nihil interest ad iustam acceptilationem, utrum totum deducatur, an pars tantum. Nam & pars accepto ferri potest, ut sicut partis solutione, ita & acceptilatione pro parte liberatio contingat: *d. L. & per*, *§. illud*, *L. pars*, 9. *D. eod. §. item per*, *Instit. quib. mod. tol. obligat.* Neque id tantum, si pecunia numerata debita fuerit, sed etsi aliud quodvis corpus. *L. sed etsi*, 10. *D. de acc.* Nam & corpora quævis alia non minus partis præstationem recipiunt. *L.* 2. *§.* 1. *D. de verb. obligat. L.* 9. *§.* 1. *D. de solutionib.* Partem accipe earum rerum, quæ dividi possunt. Quod si quod debebatur, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti; ut si servitus fuit prædii rustici vel urbani. *L. & per*, 13. *§.* 1. *D. de acc.* Non sane quod non semper in partem fieri possit acceptilatio, si modo pars sit quæ accepto feratur; sed quod in huiusmodi rebus pars nulla est. Sed horum saltem alterutrum esse oportet, quod deducatur in acceptilationem, totum dico eius quod debetur, aut partem.

XVI. Si neutrum erit, sed aliud, nulla ut dixi acceptilatio est. *d. L. & per*, *§. illud*. Aliud in acceptilationem deductum intelligitur, non tunc, cum quod debetur, deducitur, & aliud aliquid præterea; sed tunc, cum in totum deducitur aliud, nihil autem ex eo quod debetur. Ut, si fundo promisso creditor debitore interrogante [8] usumfructum acceptum ferat. Nec ususfructus quidem remissus erit; quia fundus debitus fuit, deductus autem in acceptilationem ususfructus, qui neque est fundus, neque pars fundi. *d. L. & per*, 13. *§. illud*, *de accept.* Quod si deducetur in acceptilationem id quod debebatur, erit utilis acceptilatio, etiam si præter id aliquid adiiciatur aliud. Ut, placet hanc acceptilationem esse utilem; quod Stichum tibi promisi, Stichum & Pamphilum acceptos habes? aut, quod tibi decem promisi; [9] viginti habesne accepta? *L. si is qui*, 15. *D. eod.* Merito. Nam & illic Stichus debitus acceptolatus est; & hic accepta lata decem debita; quoniam in viginti decem insunt. Quod utrobique adiicitur amplius, supervacuum & inutile est: quo non vitiatur, quod acceptolatum est utiliter. *L.* 1. *§. penultim. D. de verbor. oblig. L. placuit. D. de usur.*

XVII. Si quæretur, utrum in acceptilationem deductum sit plane aliud, necne, de eo non ex verbis acceptilationis, sed ex re æstimandum est. Nam interdum verbis acceptilationis aliud accepto fertur, quam promissum erat: & tamen acceptilatio valet, quia re vera id deductum est, quod debebatur. Ut in hac specie; Qui hominem generaliter stipulatus erat, is rogaati debitori Stichum acceptum tulit. Aperte hic acceptum fertur aliud, quam promissum erat, si verba tantum spectamus. Nam homo promissus erat generaliter: hic fertur accepta certa species, nempe Stichus. Placet tamen acceptilatione [10] liberari debitorem. *L. & per*, 13. *§. si is qui hominem*, *de acc.* Hoc ideo, quia debitor generaliter hominem promittens re ipsa non debet nisi unum aliquem ex omnibus, & eum quem volet, puta Stichum: eius enim electio est, *§. præterea si quis*, *Institut. de action.* Quare & hunc debitor acceptum rogando non aliud dicendus est rogasse, quam quod debebatur. Sit huius rei hoc exemplum. Qui hominem aut decem disiunctim stipulatus erat, quinque debitori accepta fecit. Scriptum est in *L. qui hominem*, *de accept.* partem stipulationis peremptam; & debitorem petere quinque aut partem homi-

8) Scilicet merus qui vulgo formalis, quia comparatur prædiali servituti. Secus est in misto, vulgo causali, qui pars rei, Hotom. 3. *Obs.* 22.

9) Male igitur A. Fab. ad *L.* 27. *§.* 5. *de pact.* acceptilationem in 20. factam 10. debenti non valere, quia, ceu actus legitimus, individua, nec pro parte sola valere possit, licet diversa ratio sit pacti *d. L.* 27. 5. Dari tamen scribit ex ea exceptionem doli, ideoque in *L.* 14 *h. t.* imperfectam dici liberationem, non nullam. Male & contra *d. L.* 15. Et omnino inconveniens hoc exemplum ad regulam *d. L.* 14. sed alia, quæ in *L.* 13. *§.* 2. *&* 5. *&* C. ut hic noster.

10) Atqui pactom de non petendo Sticho non liberat, cum adhuc alius homo peti possit *L.* 27. *§.* 7. *de pact.* Resp. Cuiac. *ibid.* accipit *d. §.* 7 quando electio creditoris fuit (at in *§. præced.* electio debitoris) per verba *ne Stichum petam*. Alias nisi haberet electionem, etiam pacto non interposito, Stichum petere non posset, sed generaliter hominem. Et Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 369. *& seq. & Lib.* 3 *p.* 448. quia ubi homine promisso electio debitoris, nulla alia, sive pacti de non petendo Sticho sive acceptilationis Stichi, utilitas accipi potest, quam si liberatio sequatur. Et cum Stichus invito solvi potuerit, quidni remisso Sticho liberatio nascetur. At ubi creditoris electio, ex pacto hoc commodi est, quod ad Stichum solvendum non, ut antea poterat, urgeri promissor possit. Sed hæc displicent A. Fabro. *d. §.* 7. putanti aliud ius esse pacti de non petendo, quia non perinde ibi imaginaria solutio, & Pac. 2 Q. 2 Verum distinctionem Cuiac. & Briss. admitto in pacto, sed ad acceptilationem non protrahendam puto, quia etsi creditoris fuerit electio: tamen uti vera Stichi acceptio liberaret etiam tum haud dubie debitorem, ita & eiusdem acceptilatio *L.* 5. *L.* 16. *h. t.*

hominis posse. Atqui hic aliud accepto fertur verbis, quam debebatur. Debebantur enim duo disiunctim, puta illud aut illud, id est neutrum simpliciter. Sed re vera debebatur unum ex his, utrum debitor vellet, §. *huic autem*, *Institut. de action.* Proinde & pars alterutrius; quæ sine incommodo creditoris accepto ferri posset. Quod in proposito accidit. Non enim verendum est, ne debitor hac acceptilatione in quinque liberatus, postea solvendo partem unius hominis videatur iniuriam facere creditori, & diversarum rerum partes solvere; cum prius nullius rei partem [11] solverit. Diversum est, si is qui hominem aut decem eodem modo promiserat, solverit tantum quinque. Hic placet debitorem nondum in ulla parte liberari. *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obligat.* *L. si non sortem*, §. *si decem*, *D. de cond. ind.* Et merito: quia si liberetur, pars dumtaxat superesset in obligatione, ut etiam si videatur illi non alia quinque adiicere, sed partem Stichi solvere, liberetur in totum. Quod si fit, solventur duarum diversarum rerum partes: quæ sane rem unam integram ex iis quæ promissæ sunt, non efficiunt. Nunc autem unam ex duabus creditor stipulatus est, *L. in exsecutione*, §. *pro parte*, *D. de verb. obligat.* scripsi in hanc sententiam plura ad *d. L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* E converso accidere potest, ut verbis deducatur in acceptilationem quod debebatur, & tamen nulla sit acceptilatio, qua re vera non sit deductum, quod debebatur. Id accidit in hac specie, si is qui Stichum aut decem stipulatus erat sub conditione, Stichum aut decem accepta fecerit, & pendente conditione Stichus decesserit. Hic placet quandocumque conditio exstiterit postea, debitorem non liberari, sed decem in obligatione manere, perinde ac si stipulatio interposita non fuisset. *d. L.* & *per.* 13. §. *si Stichum de acc.* Atenim deductum est in hanc acceptilationem, quod ante debebatur. Verbis ita est. Eventus autem docuit postea re vera non ita esse. Sticho enim pendente conditione mortuo cœpit ex eventu intelligi, in [12] obligatione esse tantum decem simpliciter. *L. Stichum*, in princip. *D. de sol.* Hæc autem in acceptilationem deducta non sunt; sed Stichus aut decem, id est neutrum simpliciter.

XVIII. Non tamen quodvis debitum accepto ferri potest; sed solum quod contractum est verbis. Nam & ipsa acceptilatio verbis fit: nec potest verbis tolli, quod non item verbis contractum est. Hoc in *L. an inutilis*, §. *acceptum*, *L. si accepto*, 19. *D. de acc.* ductum ex regula iuris, quibus quidque modis contractum est, iisdem & dissolvi rebus in contrarium actis. *L. nihil tam*, *D. de reg. iur.* Ex quo est, quod de pluribus participibus eiusdem obligationis interdum legimus unum acceptum rogando liberari posse, alterum non posse: scilicet quia unus obligetur verbis, alter non item. Quod accidit in contractibus filiorum familias & servorum. Filiusfamilias promittendo facit, ut duo fiunt ex ea caussa debitores; filius in solidum, pater de peculio. *L. si quis cum*, *D. de pec.* Eademque obligatio est ex contractibus servi adversus ipsum & dominum. §. *actiones autem*, *Institut. de act.* Filium tamen familias placet accepto rogare posse, ut se liberet: patrem accepto rogando nihil agere. *d. L. an inutilis*, §. *ult. de accept.* Non utique quia pater non sit etiam obligatus, ut simpliciter Ulpianus scribit in *d. L. an inutilis*, §. *ult.* ipse enim refragatur in *d. L. si quis cum*, *de pec.* sed quia non est obligatus similiter ut filius. Is enim obligatur verbis iure civili: pater iure prætorio sine verbis, atque adeo sine consensu suo ex filii persona. Solam autem obligationem verbis contractam acceptilatione tolli volumus. Tolli, accipe, principaliter. Nam per consequentiam etiam liberatur pater filio acceptilatione liberato: item & dominus liberato acceptilatione servo. *d. L. an inutilis*, §. *ult. L. species*, in fin. princip. *D. de accept.*

XIX. Videtur tamen Ulpianus acceptilationem quandoque admittere etiam in obligatione verbis non contracta. Admittit etiam in obligatione operarum per iusiurandum interposita in *L.* & *per.* 13. in princip. *D. eod.* his verbis: & *per iusiurandum liberti interpositam operarum obligationem tolli posse verius est.* Atqui obligatio operarum per iusiurandum liberti interposita non contrahitur verbis, seu stipu-

11) Recte, uti & Gœd. *de Contr. stip. C.* 12. *n.* 24. melius quam Charond. *ad d. L.* 2. §. 1. hominem certum in *d. L.* 17. accipiens.

12) Ita & Cuiac. *ad L.* 27. §. 6. *de pact.* Pac. 1. Q. 99. Forte certior ratio, quia acceptilationis naturæ non conveniat, ut sub disiunctione fiat, seu ut sit alternativa. Fictio enim imitatur naturam. At hæc est Commentum solutionis *L. ε. h. t.* Ut autem per rerum naturam præstatio nulla est alternativa (nec concinne dicitur hoc aut illud præstitum, tametsi recte dicatur hoc aut illud præstandum) ita nec eiusdem imago. Contra duobus disiunctim debitis, ex. gr. Sticho aut Pamphilo, unius acceptilatio totam obligationem consumit *L.* 27. §. 6. *de pact.* quia idem efficeret unius solutio.

ſtipulatione, ſed iureiurando. Alioqui quorſum iuſiurandum, ſi adhibetur utilis ſtipulatio, quæ per ſe ſatis firma eſt iure civili? *§. de conſtituta, Inſtitut. de actionib.* Unde dicitur & per iuſiurandum interponi: & alibi eodem Ulpiano auctore dicitur obligatio iurisiurandi, ut ex ſtipulatione obligatio verborum. *L. ut iuriſiurandi, D. de op. lib.* Quod & verum eſt. Sed ſciendum eſt in hac ipſa obligatione iuriſiurandi, qua libertus promittebat patrono donum, munus, operas, intervenire ſolita fuiſſe ſolemnia quædam verba præter iuſiurandum, ſic tamen ut præcipua obligationis cauſſa eſſet iuſiurandum, ut didicimus ex fragmentis Caii *Lib. 2. tit. de obl.* Hinc ergo dubitatio, an propter interpoſitionem iſtam verborum dici poſſet tolli poſſe per acceptilationem eam obligationem, quam tamen fateremur non verbis contrahi, ſed iureiurando. Et non dubium eſt, quin pleriſque viſum ſit non poſſe, illud generale præfracte retinentibus ſolam verborum obligationem acceptilatione tolli poſſe. Ideo Ulpianus non ut in re explorata dicit obligationem operarum per iuſiurandum interpoſitam acceptilatione tolli poſſe: ſed ut in re dubia & controverſa hoc ſibi verius videri. At cur verius? quia etſi non contraheretur obligatio verbis, ſed iureiurando; non contraheretur tamen ſine verbis, quæ ad iuſiurandum accedere deberent. Unde intelligimus Ulpianum hoc exemplo definire obligationem verbis contractam, quæ acceptilatione tolli poſſet, non eam ſolum in qua obligatio naſceretur ex verbis, ſed etiam naſceretur aliunde, non tamen ſine verbis ſolemnibus, quæ ius in ea re deſideraret.

XX. Quid ergo fiet in reliquis obligationibus prope infinitis, quæ verbis non contrahuntur? an in his nullus erit uſus acceptilationis ad tollendam obligationem? Recta nullus, ut tollatur ipſo iure obligatio. *L. ſi accepto, 19. D. de accept.* Sed remedio adhibito alia via perveniri poteſt ad hanc ipſam liberationem. Cautio autem hæc eſt, ſi detur opera, ut præcedentes omnes obligationes ſtipulatione novante perimantur, ipſa autem ſtipulatio perimatur per acceptilationem. Cuius cautionis ratio ex iis quæ de novatione & hactenus de acceptilatione diximus, expedita eſt. Et tamen ne laboraremus in iſta ſtipulatione novante concipienda concepit iam olim Gallus Aquilius eius ſtipulationis formulam, qua ut quæque res poſtularet, eſſet in promptu: exſtatque hæc 13 formula in *L. & uno. D. de accept.* & *§. item per. Inſtitut. quib. mod. tolla. obligat.* Et hæc eſt illa ſtipulatio quæ dicitur Aquiliana, cuius in tranſactionibus magnus uſus eſt, & tam crebra in libris noſtris mentio, ut *d. §. item per. quib. mod. tol. obligat. L. 4. L. 5. L. pacto, D. de tranſ. L. 3. L. 4. L. ut reſponſum. L. ubi. C. de tranſ.*

XXI. Sed ut verbis promiſſum exigimus, quod recte deducatur in acceptilationem: ita dum promiſſum erit, nihil amplius ad acceptilationem exigemus, nec quæremus, quomodo promiſſum ſit, utrum pure, an in diem, an ſub conditione. Ipſa quidem acceptilatio in diem aut ſub conditione aperte concipi non poteſt. *L. 4. L. 8. D. de accept.* At ipſum quod debetur, & in diem, & ſub conditione deberi poteſt, ut nihilominus acceptilatione recte tollatur: dum tamen ita id factum appareat, ſi conditio exſtiterit, vel dies venerit. *L. quod in diem, 12. D. eod.* Ita per ſtipulationem priorem inerit quoque in acceptilatione dies, vel conditio: ſed quæ tacite inſit, non exprimatur. Iam ſupra dixi expreſſa nocere, non expreſſa non nocere: ſed nec intererit, ipſum quod promiſſum eſt, utrum commemoratione debiti ſeu promiſſi facta deducatur in acceptilationem, ut, quod ego tibi promisi, vel, Stichum quem promisi, acceptum habes? *L. 6. L. pars, D. eod. §. item per. quib. mo. tol. obl.* an vero ſimpliciter res aliqua, aut certa ſumma, dummodo fuerit verbis debita, ut, accepta facis decem? ſi creditor reſpondeat, facio; acceptilatio recte fit, ſi qui rogabat, eo decem debuit, quanvis de promiſſis decem nihil expreſſerit. *L. ſane, 7. D. eod.*

XXII. Reſtat finis acceptilationis, liberatio: quæ niſi acceptilationi propoſita eſt, acceptilatio nulla eſt. *L. 1. D. de accept.* Quid ergo, poteſt acceptilatio interponi non liberandi debitoris cauſſa? Poteſt, ut ſtipulatio non inſtituendæ obligationis cauſſa. Finge interponi vel per iocum, vel docendi cauſſa, aut ſimulandi. *L. 3.* in fin. *D. de obl. & act.*

XXIII. Sunt ergo hæ cauſſæ, quibus perficitur acceptilatio. Recte interpoſitæ vis ea, quæ ſuperiorum liberationum, ut

per

13) Cuius ſingula verba explicat Briſſ. *Lib. 2. de Sol. p.* 373. *& ſeq.* Atque hæc non ipſa eſt ſpecies acceptilationis, ſed eius cauſſa præparatoria viam ad illam ſternens, & materiam diſponens ac idoneam reddens, Gœd. *de Contr. ſtipul. C. 1, n.* 71. Petr. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 5. vid. Hortenſ. *ad L. 4. de tranſact.*

per acceptilationem tollatur obligatio; §. *item per. Inst. quib. mod. tol. obligat* Nempe debitoris, in quo est illa obligatio, qua tenetur vinctus, donec ea solvatur: non autem creditoris, quem constat minime nexum debitori, aut obligatum esse; ut cui præstare necesse sit quod debetur, non etiam qui præstare necesse habeat. Nulla autem obligatio, nisi in quo est ea necessitas præstandi ex definitione *Inst. de obl.* in pr. ut dicendum sit acceptilationem, quæ ex hac re definitur liberatio in *L. 1. D. de accept.* non aliam liberationem intelligi posse aut debere, quam unius debitoris obligati, nunquam autem simul creditoris, qui non est obligatus. Supervacuum esset hoc monere, ac prope ineptum, nisi in *d. L. 1. de accept.* scriptum esset, acceptilationem esse liberationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. Utriusque valet, & debitoris rogantis acceptum, & creditoris accepto ferentis. Tribuit ergo his verbis Modestinus utrique absolutionem, tribuit utrique eumdem nexum & obligationem, a quo contingit absolutio & liberatio. Quod profecto nisi absurde dici non potest, si hoc in utriusque persona accipimus passive; quasi scilicet uterque & debitor & creditor teneatur ante acceptilationem eodem nexu & obligatione, a qua deinde per acceptilationem ambo absolvantur & liberentur. Quomodo igitur hic accipimus, ut conveniat cum iis quæ dixi? Nempe hoc sic accipi debet, ut nexus, & absolutio sit utriusque tum debitoris tum creditoris: sed in debitore intelligatur utrumque passive: id est is nexus quo ille tenetur, & ea absolutio, qua ille hoc nexu solvitur. In creditore autem intelligantur ista active, id est nexus quo ille vinctum debitorem tenet & absolutio qua ille ab eo nexu debitorem absolvit. Sitque hæc [14] sententia: acceptilationem esse liberationem, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit ab eodem nexu, quo scilicet nectitur debitor, & creditor nectit. Nam quos locos citat Accursius, ut probet creditorem interdum dici teneri, & liberari, cum ei solvitur, nihil minus quam hoc quod vult, probant. Et tollitur quidem obligatio acceptilatione tanquam solutione; sine solutione tamen: idque huius liberationis proprium est. Tanquam solutione; dum is qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum accepisset: hoc enim est, quod dicit se id quod debetur, acceptum habere, facere, ferre. Unde & acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur. *L. 5. D. de accept.* Sed tamen ita tanquam solutione, & solutionis exemplo, ut non sit solutio, quia nec pecunia hic solvatur: alioqui re vera solutio sit, non acceptilatio. *L. si accepto, 19. §. 1. eod.* Inde dicta acceptilatio, [15] imaginaria solutio. *d. §. item per. quib. mo. tol. obligat.* Recte imaginaria, quæ imaginem gerit solutionis, si verba creditoris spectes, qui se debitum pro soluto & accepto habere dicit: re ipsa non est solutio, quæ præstationem pecuniæ nullam habet: similiter, ut imaginaria emptio pretio non accedente, sine quo nulla est emptio, quantunvis imago & species emptioni quæsita sit. *L. imaginaria, D. de reg. iur.*

XXIV. Quid ergo, an non licet creditori infirmare acceptilationem, si dicat se pecuniam non accepisse, quam se acceptam habuisse respondit? Apparet non licere, postquam ex acceptilatione omnimodo contingit liberatio etiam pecunia [15] non soluta. Atqui si creditor in apocha (ea est scriptura testis pecuniæ solutæ. *L. qui tabulas, §. ult. D. de fur.*) scripserit sibi pecuniam solutam, a se acceptam esse, non aliter ea confessio creditorem tenet, quam si vere pecunia soluta sit. *d. L. si accepto, 19. §. ult. de accept.* Non quod in re dubia non cogatur creditor confessioni suæ stare post tempus exceptioni non numeratæ pecuniæ statutum, de quo in *L. in contractibus, §. super, C. de non num. pecun.* sed quod si ultro probare velit sibi pecuniam non esse numeratam ut confessus est audiatur, & veritati locus supersit. *L. cum precibus, C. de prob. L. imperator*, in fin. *D. de prob.* Et ne quis moveatur exemplo, Ulpianus dissimilia hæc esse monet in *d. L. si accepto. 19. §. 1. de accep.* Et vero differentiæ ratio manifesta est. Multum enim interest, utrum quis quod debetur se acceptum habere dicat ut in acceptilatione, an vero accepisse, ut in apocha. Qui se acceptum habere dicit, hoc dicit se pro accepto habere etiam quod non accepit: & hoc quivis consensu suo potest facere, cumque semel voluerit, consensum postea mutare non potest. Qui autem dicit se accepisse, nihil

14) Aliter Ræv. *ad L. 35. de R. I.* aliter Hot. 3. *Obs.* 18. ad solam Aquilianam stipulationem hæc referens.
15) Acceptilatio sine pecuniæ interventu liberat. Nec tamen semper gratuitam habet remissionem, sed sæpe fit transigendi caussa, dotis costituendæ *L. licet 43. pr. de I. dot.* voluntatis defuncti adimplendæ *L. 4. §. 2. de lib. leg.* & ut aliud nobis detur vel fiat *L. 9. de præs. verb. L. 4. de cond. ca. da.* Briss. *Lib. 2. de Sol. p. 379.*

nihil de voluntate sua dicit, sed de re, quam quidem falsa affirmatione sua mutare non potuit. *L. assumptio*, *D. ad municip.* Unde & adversus id quod quisque falso affirmavit, iure probatio admittitur. Postremo acceptilatio interponitur liberationis inducendæ caussa: quam & voluntas creditoris potest efficere. Apocha liberationis antea inductæ testandæ gratia: quod si falso fecit creditor, nihil prohibet eum quod falsum dixit, postea arguere.

XXV. Huic liberationi cum illa consequentia sunt, quæ sunt cum cæteris liberationibus communia: cuiusmodi est, ut uno ex participibus eiusdem obligationis per acceptilationem liberato alter [16] liberetur. *L. si ex pluribus*, 16. in princip. *L. an inutilis*, §. *ult. L. species*, in fin. princip. *D. de acc.* Item ut uno ex pluribus reis stipulandi acceptum ferente liberatio contingat in solidum: *L. & per.* 13. §. *ult. eod.* tum illud præcipue animadvertendum, quod si fideiussori accepto fuerit latum, placet reum quoque principalem liberari, licet reus non verbis, sed re sit obligatus. *L. & per.* §. *si fideiussori*, *L. si ex pluribus*, §. *ult. D. eod* Quod non alia ex re efficitur, quam quod fideiussor, si solvit, totam obligationem tollit. *L. si pro ea C. mand.* acceptilatio autem solutionis exemplo liberat. *L. 5. de accept.* Quod ni ita sit, videri possit præposterum, ut accessione principalis caussa tollatur. Sed hoc tantum placuit in fideiussore eius, qui pure debuit. Quod si rei [17] sub conditione debitæ datus sit fideiussor, & ei accepto latum, conditione postea exsistente ipse quidem liberabitur, at non item reus principalis: quia prior fuit acceptilatio, quam obligatio eius: porro antiquiore acceptilatione quam obligatio eius est, liberari non potuit. Hoc in *d. L. & per.* §. *si legatorum*, §. *qui ita*, *seq. de accept.*

XXVI. Sed hæc vis est iure perfectæ acceptilationis. Imperfecta acceptilatio ut iure non valet tanquam acceptilatio, ita liberationem non parit, quæ tollat obligationem. *L. nisi*, 14. *D. eod.* Estque hic sensus; cum creditor rogatus respondet liberandi debitoris caussa se acceptum habere, quod debebatur, si alioqui iure inutilis acceptilatio est, num saltem videatur pacisci creditor ne petat, profitque id pactum debitori; non quidem [18] ad eum ipso iure liberandum, quod pacto effici non potest; sed ad pacti conventi exceptionem qua se adversus creditorem tueatur: hanc enim ex pacto nasci constat. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact.* *L. 5. L. in bonæ*, *C. de pact.* Et definit Ulpianus inutilem acceptilationem pactum habere: pactum intellige creditoris, quo paciscatur, ne petat: quod Paulus alibi apertius ita explicat. *L. si unus*, §. *penult. D. de pact.* Et quia hoc pactum habet; ideo hinc quoque exceptio doli mali, vel pacti conventi debitori, qua se tueri possit; ut hoc quoque explicat idem Ulpianus sub persona eius, cui cum non verbis, sed re obligatus esset, accepto latum est. *L. si accepto*, 19: in princip. *D. de accept.* Ita in summa hoc dicit, quod in quæstione posuerat, inutilem acceptilationem utile pactum habere: utile, inquam, ad debitorem exceptione liberandum. Sed addit Ulpianus in *d. L. an inutilis*, exceptionem, nisi hoc quoque contra sensum sit, ne pactum esset. Sumptum ex definitione pacti: est enim pactum duorum pluriumve in idem placitum & consensus. *L. 3. D. de pollicit. L. 1. D. de pact.* ut proinde consensu remoto ne hic quidem sit pactum. Neque adversatur Paulus in *d. L. si unus*, §. *penult. de pact.* cum generaliter & sine exceptione definit, *si acceptilatio inutilis fuit*, *tacita pactione id actum videri*, *ne peteretur*. Ait enim *videri:* quod recte solum dicitur in re dubia.

XXVII. Et hoc item probat Ulpianus, qui tamdiu vult hic inesse pactum donec aperte probetur contra sensum esse. Contra sensum intelligitur, aut ex re in acceptilationem deducta, aut ex diversitate interrogationis & responsionis, aut ex modo & forma respondendi. Ex re, si deductum sit in acceptilationem, quod non debebatur. Hic quidem acceptilationem inutilem & imperfectam esse constat. *L. nisi*, 14. *de accept.* Sed nec de eo quod debebatur, hic pactum esse dixeris; cum appareat de eo quod debebatur consensum non fuisse. Ex diversitate interrogationis & responsionis aperte arguitur hic dissensus, cum debitor aliud rogat, & creditor aliud acceptum facit. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obligat.* Itaque ut hic placet non valere acceptilationem; *L. 6.* in fin. *D. de acc.* sic nec inerit pactum; cum non sit consensus in idem; quem consensum pactum exigit. Ex respondendi modo idem hic dissensus in pacto ostenditur, si cum

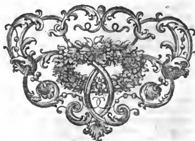
16) Uni autem heredum si accepto feratur pro parte sua tantum exoneratur *L.* 10. *h. t. L.* 2. §. 3. *de V.* O. Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 564. Pac. 7. Q. 47.

17) P. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 9. distinguit an in rem accepto latum sit fideiussori ubi & principalis liberetur, an in personam ubi secus.

18) Vid. *supra Lib.* 14. C. 36. *N.* 12.

si cum id ageretur, ut debitori acceptum ferretur creditor rogatus cum respondendo utilem facere posset acceptilationem, sciens prudens consulto eo modo respondit, quo sciebat acceptilationem nullius esse momenti: quod dissensus indicium posuit Ulpianus in *d. L. an inutilis*. Id autem sic accidere recte interpretabimur, si creditor acceptum rogatus, cum loqui posset, & homo non ignarus iuris sciret quid hic acceptilatio desideraret, consulto non respondit verbis, sed nutu. Et certe non obscurum id dissensus indicium est. Nam si creditor debitorem liberatum vellet, si non alias, at certe tum faceret cum id ageretur, ut debitori acceptum ferret, & posset ipse si vellet, id facere respondendo. Rogatus non fecit, idque consulto. Liberatum igitur debitorem noluit. Adde, quod cum id agitur, ut interponatur acceptilatio; si hanc consulto inutiliter interposuit creditor, neque erit acceptilatio, quæ iure non constat, neque pactum: quia non paciscendi, sed accepto ferendi caussa factum sit. *arg. in L. 1. §. eum qui, D. de pec. const.*

XXVIII. Quod si nihil horum probabitur de aperto dissensu, generaliter definiunt veteres pactum hic inesse, ne petatur. Quod & verum est. Nam qui voluit debitorem ita liberatum, ut ne ulla quidem superesset obligatio: multo magis hoc animo fuit, ne peteret: nec dubium est quin multo magis hoc idem in rem suam debitor senserit. In quo consensu inest pactum. Sed non continuo id pactum etiam utile esse dicendum est. Nam ne apertum quidem pactum de pecunia a debitore non petenda semper est utile. Quid enim si paciscatur prodigus ne petat, aut pupillus sine tutoris auctoritate? deteriorem hi conditionem suam paciscendo facere non possunt. *L. contra, D. de pact. L. 3. L. novare, D. de nov.* Quod si paciscantur alii, ne creditor petat? Pactum inter alias personas interpositum ius alienum non minuit. *L. si unus, §. pacta, vers. ante omnia, D. de pact. L. servus, L. filius, L. debitorum, C. de pact.* Quid si paciscatur extraneus cum creditore ipso, ne a debitore petatur? Ne hic quidem per extraneam personam debitori exceptio quæri potuit. *L. 1. C. per quas pers. nob. acq.* Est autem absurdum, quod pacto aperto effici non posset, id tacita conventione effici putare. Dicemus igitur, si prodigus acceptum ferat, aut pupillus vel adolescens sine tutoris curatorisve auctoritate; ut inutilis acceptilatio est, ita & pactum quod hic inest, ne pecunia petatur, inutile futurum: quia utrumque æque contra leges. Idem dicemus, si tutor, procurator, aut alius quivis nomine creditoris accepto tulerit: ne extraneus qui creditori acceptilatione nocere non potuit, pacto noceat. Idem est, etsi extraneus roget acceptum debitori; ubi per extraneam personam non magis debitori quæri potuit pacto exceptio, quam acceptilatione liberatio.



CAP.

CAP. XXII.

De liberatione, quæ per exceptionem contingit. Quæ eo nomine exceptiones sint, & quibus ex caussis.

Transitio. Aliud liberationis genus exceptio. Quid illa. I.
Quæ liberant exceptiones aut habere caussas ex initio contractæ obligationis, aut a re iam contracta. II.
Prioris generis caussas aut esse ex ipsa re seu obligatione, aut ex contrahentium personis. III.
Ea ipsa re quinque existere speciales singularum exceptionum caussas. IV.
Singulæ compendio exponuntur. V.
Item duas ex conditione personarum; & quæ eiusmodi. VI.
Exceptiones, quæ obligatione rite contracta existunt, oriri ex quatuor caussis. VII.
Obiter de singulis. VIII.

I. Expositæ sunt eæ species liberationum, quibus ipso iure debitor liberatur, quo eodem iure & tollitur obligatio. Atqui ut in eam rem superiores species liberationum sunt; ita non sunt plures iure communi. Ut proinde quidquid contracta obligatione inciderit postea, quod in eas species non cadat; quisquis erit contrahentium status; quæcumque voluntas de distrahenda obligatione, recte dicturi simus debitorem nihilo magis liberatum iure civili, sed obligationem eamdem manere. Ita enim certi sunt modi tollendæ obligationis iure constituti, ut extra hos nulla sit eo iure liberatio. *L. obligationum fere*, vers. *placet*, *D. de obl. & act.* Sed quod non sit ipso iure, sæpe accidit, ut in eo contingat debitori liberatio per [1] exceptionem: quod fuit alterum genus liberationis communis initio a me propositum. Recte vero etiam hoc genere debitorem liberari dicimus. Nam & ita loquuntur veteres, ut Antoninus in *L. 5. C. de pact.* & res ipsa, id est effectus exceptionis hanc appellationem exigit. Etsi enim subtilitate iuris actio manet, quæ per exceptionem removetur: tamen remota perinde habetur, quasi nulla omnino fuisset. Unde dictum regula iuris, nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem [2] infirmetur. *L. nihil interest. D. de reg. iur.* Quid sit exceptio, cur ita appellata, quid item præscriptio res generis eiusdem, quæ exceptionum species, quis usus, dicetur opportunius inter iudicia, ubi præcipue exceptionum usus est ad defendendos in iudicio reos. Nunc de verbo tantum satis erit rudius hoc tenere, exceptionem dici in usu iuris omnem defensionem reo proditam ad actionem, quæ iure summo constituta est, æquitate defensionis summovendam. Sic describitur sub *Tit. Institut. de exc.* in princ. & reliquis §§. deinceps seqq. De re quoque & effectu exceptionum tantum hic attingemus, quantum instituto convenit. De liberatione enim quærimus, quæ per exceptionem contingit. Quamobrem & de eo solum hic agendum est.

II. Non omnes vero exceptiones debitorem liberant. Exceptionum quædam perpetuæ sunt & peremptoriæ, quædam temporales & dilatoriæ. *L. 3. D. de exc. §. appellantur, Institut. eod.* Temporales & dilatoriæ aperte debitorem non liberant: quando ut ex verbo ipso apparet, petitionem ad tempus tantum differunt. Solæ debitorem liberant perpetuæ & peremptoriæ. Liberare autem etiam ipsum verbum satis indicat. Inde enim dictæ sunt peremptoriæ, quod actionem perimunt: perpetuæ, quia in totum & perpetuo perimunt. In his ergo est id liberationis genus, quod quærimus. Hæ exceptiones numero variæ: sed quæ caussis suis distinctæ certis generibus includantur. Licet autem ex his caussis duo hæc genera earum exceptionum animadvertere. Quædam enim nascuntur iam ab initio in re ipsa contrahenda, quædam obligatione recte contracta existunt postea. Na-

1) Seu iure prætorio; qua id ipso iuri opponitur, vid. Donell. *ad §. 10. I. de act.* Idem est Iure Prætorio liberari & perpetua exceptione tutum esse, cum exceptiones a iurisdictione Prætoria pendeant & a Prætore impetrentur *Leg. 3. §. 1. de pec. const.* Idem est Prætoris tuitiones *L. 9. §. 1. Usuf. quem. cav. L. 1. in fi. Quod fal. tut. & simil.* Ubi autem quid ipso iure valet vel non valet Prætor se non interponit. *L. 16. §. 3. de minor.* Briss. *initio Lib. 3. de sol.* Cuiac. *ad L. 1. de pact.* Hotom. *ad L. 17. §. 1. eod.* P. Grangian. *Paradox.* C. 16.

2) Est tamen in effectu nonnulla inter hæc liberationum genera discrimen, vid. *supra C. 1. Nr. 1.*

Nascuntur ab initio, quæ caussas in ipsa obligatione contrahenda constitutas habent.

III. Caussæ partim ex re, quæ exceptionem & defensionem suadet; partim ex persona contrahentium.

IV. Ex re caussa una genere summa; si quis aliter sit obligatus quam conveniebat eum obligari. Ut autem ita quis obligetur, caussæ speciales quinque si quis quid promiserit coactus metu; si deceptus dolo; si errore suo falsus, si spe futuræ numerationis caverit se pecuniam accepisse, quam non accepit; si libertus patrono onerandæ libertatis caussa stipulanti quid promiserit. Hinc & totidem exceptiones ab initio natæ, re quidem quinque: nominibus autem quatuor dumtaxat, metus, doli, non numeratæ pecuniæ, in factum.

V. Ob metum illatum exceptio metus, seu exceptio quod metus caussa gestum sit. De hac exceptione est in Institutionibus *de excep* in princip. & *L.* 4. *§. metus*, *D. de dol. mal. & met. exc. L. metum*, 9. *§. sed quod prætor*, *D. quod met. cau.* de qua & sub Titulo *de iis quæ metu gesta sunt*, a nobis dictum est. Ex dolo est exceptio doli, de qua *Institut. de excep.* in princip. & *D. de dol. ma. & met. exc. L. si quis cum aliter*, *D. de verb. obligat. L. dolo. L. de inut. stip.* Ea cum temperatur verbis remota doli mentione, dicitur in factum. *d. tit. de exc.* in princip. *L. non debet*, in fin. *D. de dolo. L. si quis cum*, *de verb. oblig.* Et de dolo suo loco diximus. Tantum hic monendi sumus doli exceptionem duplicem esse, specialem, & generalem. Specialis est, quæ cuique ex eo nascitur, quod ab initio dolo deceptus est, de qua & nunc loquimur: estque ea de qua nunc agitur in *d. tit. de exc.* in princip. Generalis est, quæ ad omnes exceptiones pertinet. *Generaliter* enim *sciendum est*, inquit Ulpianus, *ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam etsi inter initia nihil dolo facit, attamen nunc petendo facit dolose; nisi si talis sit in eo ignorantia, ut dolo careat.* Hoc ille in *L.* 2. *§. & generaliter*, *D. de dol. mal. exc.* Ex errore promittentis, qui quod non debebat, existimans se debere promisit, est eadem illa doli exceptio & in factum adversus eum, qui ex ea promissione quid petat: de qua specie est in *L. si quis cum aliter*, *D. de verb. obl.* Ut, si quis qui se heredem putabat, cum non esset, promiserit legatariis se legata soluturum: vel si heres quæ testamento legata erant, sed adempta codicillis, codicillos ignorans caverit legatariis. Ob pecuniam non numeratam est non numeratæ pecuniæ exceptio ei, qui cavit chirographo se pecuniam mutuam accepisse, quam se accepisse negat, *§. idem iuris*, *Institut. de except.* de qua in obligatione literarum satis diximus. Illud tenendum, inter hanc & superiores atque adeo cæteras omnes exceptiones hoc interesse, quod qui metum, dolum, errorem, & similia facta ad defensionem adversario obiicit, ea probare debet, si negentur: & generaliter reum in exceptionibus actoris partibus fungi oportet, eoque & exceptionem velut intentionem probare. *L. in exceptionibus. L. quoties*, *§. qui dolo*, *D. de probationib.* Idque ex regula perpetua iuris, ei qui dicit incumbere probationem, non ei qui negat. *L.* 2. *D. de probationib.* In exceptione autem pecuniæ non numeratæ hoc servatur, ut reo, qui se accepisse cavit, satis sit id negare: proinde & petitor hac opposita cogatur probare pecuniam reo esse numeratam. *L.* 3. *C. de non num. pecun.* Nempe contraria de caussa, quod hic nihil factum affirmat reus, sed numerationem negat: atque huius naturali ratione probatio nulla est: ratio differentiæ reddita in *L. adseveratio*, *C. de non num. pecun.* congruit *L. actor*, *C. de probationib. d. L.* 2. *D. de probation.* De iis quæ onerandæ libertatis caussa stipulatus est patronus, est adversus eum 3 exceptio prodita non solum liberto, sed & successoribus liberti. *L.* 1. *§. quæ onerandæ*, *§. ult. D. quar. rer. act. non det.* Sed hæc ut adversus patronum ob reverentiam ei debitam, non doli, sed dumtaxat in factum temperata, ut & bonæ fidei mentio fiat. *L. licet*, *D. de obseq. L. non debet*, in fin. *D. de dolo.* Quæ onerandæ libertatis caussa fiant, declaratur in *d. L.* 1. *§. quæ onerandæ*, *quar. rer. act. non det.*

VI. Ex persona contrahentium nascuntur ab initio exceptiones duæ: exceptio senatusconsulti Macedoniani, & exceptio senatusconsulti Velleiani. Macedoniani exceptio comparata est eo senatusconsulto ex hac caussa, si pecunia mutuo data sit filio-

3) *L. ult. §. ult. eod. L.* 32. *de op. li.* Cuiac. 16. *Obs.* 8. exemplum esse putans, si in manumissione quid promittatur pœnæ nomine si libertus patronum offenderit, quod in perpetuo metu constituat, ne vel levicula re offendat. Eidemque exceptioni etiam locum esse in contractibus bonæ fidei.

filiofamilias: prodita ei, non solum quandiu est in potestate patris, sed & ea potestate liberato: prodita & patri qui conveniatur eo nomine de peculio. De hoc genere abunde diximus sub titulo *de senatusconsulto Macedoniano*. Ius de hac caussa comprehensum senatusconsulto in *L. 1. D. de senatusconf. Macedon.* expositum plenius in §. *illud, Instit. quod cum eo*. Huius exceptionis mentio ubique frequens; ut *L. item si*, §. *quanquam, L. sed si, L. tamen, L. penultim. D. de senatusconf. Macedon. L. qui exceptionem, D. de cond. indeb, L. doli, D. de novat.* Velleiani exceptio prodita senatusconsulto Velleiano mulieri, quæ pro alio intercessit. Et de ea sub titulo *de senatusconsulto Velleiano* diximus. Ius cautum senatusconsulto, quod exstat in *L. 2. D. eod. titul.* Etiam huius exceptionis crebra mentio sub eo Titulo. Statuitur maxime in *L. si mulieri, 15. L. si pro, 21. eod. tit. d. L. qui exceptionem, de cond, indeb.* Utraque nata non tam ex re, quam ex personis contrahentium. Prior enim in odium fœneratoris eius cui debetur, constituta est; *L. 1. D. de Maced. L. qui exceptionem*. Posterior mulieris caussa, cui in intercessione succurritur ob sexus infirmitatem, *L. 2. §. 1. D. ad Velleian. d. L. qui exceptionem*.

VII. Obligatione recte & sine vitio a principio constituta, exsistunt interdum postea & debitori iustæ exceptiones. Oriuntur autem ex his caussis quatuor, remissione debiti, iureiurando, re iudicata, & diuturno silentio creditoris.

VIII. Remissio debiti exceptionem debitori parit, cum creditor debitori iusta voluntate debitum remisit. Iusta voluntas ad eam rem duplex; pactum, & suprema voluntas. Pactum, si creditor paciscatur cum debitore, ne ab eo petat. Atque hinc exceptio pacti conventi: de qua in §. *præterea, Instit. de except.* Exceptio comparata edicto de pactis; quo edicto cum prætor generaliter pollicea:ur se pacta esse servaturum: *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact.* maxime hoc polliceri intelligitur se servaturum ea quæ pro reo sint; id est, quibus paciscatur creditor, ne petat. Non servat ita, ut actionem ipso iure tollat, Prohibet ius civile, quo certi constituti sunt modi tollendæ obligationis, in quibus non est pactum, ut ex superioribus divisionibus facile intellectum est, & pene diserte traditur in *L. obligationum fere, D. de obligat. & actionib.* Restat igitur, ut servet pactum proposita reo pacti exceptione. Quod cum per ius civile facere liceat, etiam perpetuo fieri intelligendum est. Unde illa sententia certi iuris, pacta quanvis non omnia actionem pariant, semper tamen etiam ex intervallo interposita parere exceptiones. *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact. L. in bonæ C. de pact.* Datur hæc exceptio omnibus, quibus pactum prodesse potest; adversus omnes quibus potest nocere. Quibus autem prosit pactum, aut noceat, sumi potest ex his quæ scripsimus *in compendio de pactis ad eum titul. C.* Suprema voluntas idem efficit, cum testator testamento aut codicillis debitori legavit 4 liberationem. Nam supremam voluntatem maxime ratam esse oportet præter cæteras *L. verbis, D. de verbor. significationib.* Sic autem hæc servabitur, si aut debitori sit actio ex testamento, qua consequatur ab herede, ut liberetur per acceptilationem, aut herede agente debitor per exceptionem defendatur. Et utramque ex hac caussa debitori paratam esse placuit. *L. 3. §. nunc de effectu, D. de lib. legat.* Nam ut debitor hac voluntate ipso iure liberetur, neque testatoris mens est, qui non dicit se debitorem liberare, sed ut liberetur, iubet: neque si mens eius esset, quidquam proficeret: quia ius non patitur,

4) De qua agit Briss. *Lib. 3. de Sol. p. 450. & seq.* ita fere: Legari liberatio potest cuicunque debitori *L. 1. de lib. Leg.* etiam ex delicto. Nec nostro tantum heredisve nostri, sed & cuiusvis alterius *L. 8. pr.* sive civili sive honorario iure teneatur, non autem perpetua exceptione tuto *L. 13* Si tamen marito liberatio dotis legetur, etsi alias ab eo exigi non potuisset, quia non solvendo, efficax tamen legatum *L. 5. §. 2. d. t.* vid. Pac. 6. Q. 42. Sed & fideiussori a debitore *L. 11. h. t.* Effectus: Legatario datur tum exceptio doli, tum actio ut accepto liberetur *L. 3. §. 3.* Etenim liberato reo eodem modo fideiussor *L. 2. pr. L. 5. pr.* ubi & ratio exceptionis, non contra *d. L. 2.* vid. A. Hering. *de Fidei. C. 20. §. 8.* Si uni ex duobus reis legetur, si ei soli consultum voluit testator, & socii non sint, pacto; sin socii sint, acceptilatione liberatio præstanda *d. L. 3. §. 3* Fac. *L. 29 h.* Herede petere vetito, nec heredis heres petet nec a debitoris herede, si in rem concepta legati verba, secus si in personam, ut *L. 8. § 3. L. 20. pr. h. t.* cui ita non obstat. *L. 15. eod.* vid. Vaud. 2. Q. 18. & Pac. 6. Q. 43. Si rationes exigi vetuerit quid legato insit, & quod dolus non remissus, vid. *L. 8. § pen. L. 9. L. 20 in f. L. 28. §. 4. L. ult. §. 1. d. t.* Quid locatione colonis legata? *L. 16. & 22. seqq.* Cedit legato & quod postea debito accesserit *L. 28. §. 6. L. ult. §. 4.* non autem alia, quæ postea deberi cœperunt, nec accessionis loco sunt *d. L. ult. §. ult.* Effectus autem ita, si in diem mortis manserit obligatio, non si testator vivus exegerit aut solutum acceperit *L. 7. §. 4.* add. *L. 24. d. t.* Quod si sub conditione legatum, pendente ea, exegerit heres, exsistente restituit *L. 7. §. ult. L. 21. §. ult.* Et qui errore solvit, condicit per *L. 26. §. 7. de cond. ind.* Nisi liberatio ad tempus legata. Tunc enim post tempus non proficit *L. 8 §. 1 L. 28. §. 18. d. t.* Quare uti alias solutum ante diem non condicitur, ita nec hic. Liberatione legata depositario an is actione in rem conveniri poterit? Id licet quidam affirment arg. *L. 28. §. 4. d. t.* omnino negandum, vid. Covar. 2. *Var. Resol. 14.*

tur, ut liberetur quisquam [5] voluntate creditoris: nemo autem potest facere, ne leges in suo testamento locum habeant. *L. nemo*, 55. *D. de legat.* 1. Ex iureiurando debitori exceptio est, si is deferente adversario iuraverit se non debere: hinc exceptio iurisiurandi; de qua in §. *æque*, *Institut. de actionib.* Exceptio proposita edicto de iureiurando. *L.* 3. *L. nam posteaquam*, in princip. §. 1. *D. de iureiurau.* Qua ex caussa detur, quibus, adversus quos, qua de re, scripsimus *in commentario de iureiurando*, *Cap. VII.* Res iudicata exceptionem adfert debitori, cum quo actum est iudicio, si eo iudicio sit absolutus. Sic enim de eo iudicatum est, quasi nihil deberet. Non efficitur quidem hac sententia, ut si vere debuit, liberetur. *L. Iulianus*, *de condict. indeb.* Sed quia iudicatur non debere, perinde haberi debet, quasi non deberet propter auctoritatem rei iudicatæ. *L. servo*, *L. cum prætor*, *D. ad Trebel.* Id autem ita consequetur, si conventus defendetur exceptione. Et in hanc rem comparata exceptio, quæ dicitur rei iudicatæ. De qua in §. *item si*, *Inst. de except.* & tot. tit. *D. de except. rei iudic.* Hæc quibus detur, adversus quos, qua de re, tum maxime intelligetur, cum de rebus iudicatis, earumque effectu cognoverimus. Nam huius effectus pars est hæc exceptio. Silentio diuturno creditoris fit, ut debitor adversus eum exceptionem nanciscatur, cum intra tempora ad agendum præfinita creditor non egit. Sic enim tempore excluditur, quominus recte agat postea, exceptione in eam rem debitori constitutionibus prodita; quæ usitate præscriptio temporis nominatur. Tempora hæc triginta anni, interdum & quadraginta, civitatibus centum. Ius constitutum *tit. C. de præscript. triginta vel quadraginta annor.* præcipue in *L. sicut*, & *L. omnes*, *C. eod. tit.* Sed de toto genere liberationum, quæ ex temporis lapsu debitori nascuntur, sive ipso iure sive per exceptionem, dixi satis in commune sub titulo, *Quo tempore quæque obligationes & actiones finiantur: seu, de perpetuis & temporalibus actionibus*. De usu istarum exceptionum in iudiciis, deque earum effectu, ideo nihil hic dicimus, quia proprius cognoscendi locus est ad omnes exceptiones pertinens in iudiciis, ubi & dicere nobis constitutum est, quantum res postulare videbitur.

CAP.

5) Non recte itaque Gœd. *ad L.* 143. *de V. S. n.* 1. remissione hac statim perire actionem, eo momento quo remittitur.

C A P. XXIII.

De propriis quarundam obligationum liberationibus: puta Mandati, Societatis, Duorum reorum obligationis, Accessionum. Ac primum, Quibus modis solvatur mandatum.

Transitio, & Methodi ratio. I.
Quatuor esse proprias singularum obligationum liberationes; & quæ sint. II.
Mandatum solius mandatoris voluntate solvi. Eius differentia ab emptione & reliquis. III.
Item morte mandantis; & quare. IV. V.
Illud etiam quod quis commisit post mortem suam; dummodo ad heredes, non ad mortui mandatoris curam spectet. VI. VII.
Et cum mandanti, tum mandatario res sit integra; & quando sit talis, aut esse desinat. VIII.
Interdum, licet integra re, mandatum solvitur, durat mandati obligatio: quibus effectus; & quid in mandato dotis IX. X.
Solvitur & mandatarii voluntate mandatum quatuor modis 1. *renuntiatione tempestiva mandati.* XI.
2. *Sola renuntiandi voluntate, & quomodo.* XII.
3. *Iusta omittendi mandati caussa. Hac duplex, & qualis.* XIII.
4. *Morte mandatarii, quandiu res integra.* XIV.
An mandati actionem habeant heredes mandatarii, qui iuris ignorantia mandatum sunt exsecuti. XV.
Exponitur L. mandatum 57. D. mand. & *Florentina lectio castigatur.* XVI.

I. His de utroque genere liberationum cognitis, tam earum, quæ ipso iure contingunt, quam earum, quæ per exceptionem, omnis liberandi debitoris ratio est exposita, simul & solvendæ obligationis. Tot enim genera liberationum initio nobis proposita fuerunt; ut si recte divisimus, eorumque generum species recte complexi sumus, extra eos modos de quibus diximus, nulla fit liberatio. Et vero hoc ita est: si tamen communes & ad omnem obligationem pertinentes liberationes quærimus: ad quas etiam superiorem illam divisionem initio retulimus. Cæterum ut proposui, & propriæ quædam certarum obligationum liberationes sunt, quas deinceps breviter subiicam. Sunt, inquam, ex infinito numero obligationum certæ quædam, quæ in hac re a communi cæterarum lege recedant, & singulari quodam præter cæteras ac proprio iure in eo utantur, natura earum ita postulante. Cui iuri si inter liberationes locum esse volumus, ut certe esse oportet, cum & hic suæ liberationes sint: non alium huic generi idoneum assignare potuimus, quam hunc ipsum postremum; ut communibus pertractatis quæ omnium obligationum essent, sic deinde proprias istas, quæ a prioribus remotæ essent, tanquam ab illis exceptas extremo loco subiiceremus.

II. Et quæ propriis illis modis solvantur obligationes, genere sunt quatuor: Mandatum, Societas, Duorum reorum obligatio, & principalis obligationis Accessiones quoquo modo contractæ. Propriæ liberationes quas in his obligationibus esse diximus, sunt fere huiusmodi; ut unius ex contrahentibus voluntate solvatur obligatio; ut unius morte, capitis minutione, bonorum amissione; ut quæ liberationes alicui competere cœperunt, ad alios debitores pertineant, cum neque solverunt ipsi, neque eorum nomine alius, nec novatio, aut acceptilatio, aut ulla conventio eorum nomine sit interposita. Si quibus, inquam, in obligationibus his modis locus est, vere proprias has liberationes & a communi cæterarum obligationum lege remotas esse dixerimus. Nam nullæ aliæ obligationes unius ex contrahentibus voluntate dissolvuntur. Vetat & definitio obligationis & ius in hac re certo constitutum. *L. sicut, C. de obl. & act.* Multo minus obligatio in contractibus finitur morte vel creditoris, vel debitoris. Idque ex eo facile intelligere possumus, quod actiones ad heredes transeunt, ut & creditoris heredibus dentur, & dentur adversus debitoris heredes. §. 1. *Instit. de perp. & temp. act.* Quod sumendum est ex iis, quæ disseruimus supra de hereditariis actionibus. Multo etiam minus tollatur obligatio, aut liberetur debitor, si solvendo esse desinat. Nec incendium, nec casus ullus fortuitus bona auferens debitorem

torem ære alieno liberat. *L. incendium, C. si cert. pet.* Non enim obligatio in eo est, ut debitor quid præstet, si habet in bonis, sed simpliciter ut præstet, undecumque præstandi facultatem nanciscatur. *L. 3. D. de obl. & act. L. continuus, §. illud, D. de verb. obl.* Solutionis quoque hæc conditio est, ut nemo debitor solutione liberetur, nisi si aut solvit ipse, aut eius nomine alius. *Inst. quib. mod. tol. oblig.* Sed nec acceptilatio, aut conventio cum aliis interposita aliis prodesse potest, vetante regula iuris, qua efficitur, per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non sit, nobis nihil quæri posse. *L. 1. C. per quas pers.* Atqui his modis in superioribus generibus obligationum propria quadam ratione locus est. Quare harum obligationum proprias illas liberationes recte vocamus, de quibus iam dicam eodem ordine.

III. In his primum posuimus mandatum. Et præter communes illas liberationes, quæ hic quoque in universa mandati obligatione locum habent; solvitur mandatum proprio iure, partim ex persona mandantis: partim ex persona eius qui mandatum suscepit. Ex persona mandantis duobus modis; voluntate mandantis, & morte. Voluntate, ut quisque mutavit voluntatem, & revocavit mandatum, dum re integra. *§. recte, Inst. de mand. L. si vera, 12. §. pen. D. mand.* Hic statim occurrit contra exemplum similium contractuum, emptionis, venditionis, locationis & conductionis. Nam hi similiter consensu contrahi dicuntur, ut mandatum, *Inst. de obl. ex cons.* & in omnibus his postquam contracta sunt, pariter ultro citroque actiones. Atqui ab emptione, venditione, locatione, conductione nulli ex contrahentibus recedere licet invito altero quamvis re integra. *L. 3. C. de resc. vend. L. 1. L. 2. C. quan. lic. ab emp. dis. L. ab emptione, D. de pact.* Cur magis igitur id facere liceat in mandato? Natura mandati id facit a superioribus in hac re longe dissimilis. Nam in emptione & venditione, locatione & conductione negotium geritur utriusque partis caussa, ut proinde utriusque intersit contractum servari: & quia interest, non possit hæc utilitas alterutri ex contrahentibus auferri invito. Mandatum [1] contra solius mandantis caussa suscipitur, nulla eius qui suscipit. *L. si servus, §. quod vero, D. de furt.* Sic ius est in iis omnibus, quæ pro nobis constituta sunt, ut his uti liceat, si videtur; si non placent, liceat his renuntiare. *L. si iudex, D. de min. L. pen. C. de pact. L. quod certa, D. de sol.* Sed esto, dissimiles si contractus sint. At saltem mandatum contractus est, quo suscepto & mandati obligatio contrahitur. *Inst. de obligat. ex cons.* An non igitur saltem obstat generale illud, quod traditur, obligationi semel constitutæ renuntiare invito altero neminem posse? *L. sicut, C. de obl. & act.* Ne hoc quidem. Mandato enim suscepto, quandiu res integra est, obligatur quidem qui suscepit, ut mandatum impleat, aut tempestive renuntiet. *L. si mandavero, §. ult. D. mand.* At non item obligatur is qui mandavit, ut quod semel mandavit, id geri aut perfici patiatur. Quo fit, ut cum is mandatum revocabit, dici non possit renuntiare constitutæ obligationi, quæ illi ad perseverandum in mandato nulla constituta est. Nullam autem hic cuiquam obligationem esse, ut permaneat in mandato, duo planum faciunt. Primum illud, quod dixi, totum mandatum institui mandantis caussa; licet autem cuique iis quæ pro se introducta sunt renuntiare. *d. L. si iudex, D. de min.* Deinde quod constat, quidquid hic suscipitur ab adversario, in eo suscipi officium & beneficium, quod præstet mandanti. *L. 1. §. ult. D. mand.* Nemo autem oblato beneficio ab alio, quantumvis se paratum esse id accipere initio ostenderit, ideo obligatur, ut accipiat. Accipit, si vult: si non vult non cogitur admittere: & ut est regula iuris, invito beneficium non datur. *L. invito, D. de reg. iur.* Sed non omnes mandatum recte revocant, neque quovis tempore. Mandatum solus recte revocat dominus. Procurator absentis si revocet, non facit, quominus mandatum perseveret, & quod fiet postea a mandatario mandati exsequendi caussa, fieri intelligatur ex mandato. Sed hoc facit, ut si iustam caussam habuit interpellandi id quod mandatum erat, teneatur mandatarius, nisi denuntiationi paruerit, *L. si hominem, 30. D. mand.* Atque ut dominus revocet mandatum, etiam hæc conditio est, ut revocet re integra, ut est in *d. §. recte, Inst. de mand.* Res integra est in manda-

to,

1) Ita & Donellus noster *ad L. 15. Cod. hoc tit.* Cuiac. *ad L. 6. § ult. de contr. empt.* Revocatio autem mandati est specialis ex. gr. de contrahendo, denunciari quoque debet alteri, illi cum quo contrahere debebat, si ex eo alias lædi posset *L. 12. §. 2. L. 38. §. 1. de sol. L. 32. ad Maced.* Quod si Procurator ille universalis debet denunciatio fieri publico proscripto, vel proclamatione, aut edicto, in locis publicis, ut ad omnium notitiam pervenire possit, per *L. 44. §. 2. & seq. de instit. act.* Gomez. *2. Res. 5. n. 6.*

to, quæ ei qui suscepit, integra est, dum ei per caussam mandati nihil abest. Tum desinit esse integra, cum illi quid eo nomine abesse cœperit. Quod quam recte definiamus, & quid contineatur his verbis, dicam paulo post in commune, cum de morte mandantis dixero: quando & in hoc modo inest eadem conditio.

IV. Altero ergo modo ex persona mandatoris solvitur mandatum: huius ipsius [1] morte. *L. inter*, 26. in pr. *L. si præcedente*, 58. in pr. *D. mand.* Idque eadem illa conditione qua supra, dum re integra, seu integro mandato mors mandatoris intervenerit. §. *item si adhuc*, *Inst. de mand.* Quod cum placet, hic demum licet singularem modum dissolvendæ obligationis agnoscere. Cum enim dicimus morte mandantis solvi mandatum, nimirum hoc dicimus, quanvis is qui mandatum susceperat, neque impleat mandatum, neque id renuntiet heredibus mandatoris, tamen mandati actione his non teneri: & contra si forte idem bonam fidem secutus sit, quod suæ curæ commissum erat, tamen eum mandati actionem non habiturum adversus mandatoris heredes. Utrumque ideo, quia nec ipse teneri mandati, nec ipse mandati actionem nancisci potest, nisi ex mandato: mandatum autem prius omne morte mandantis intercidit. Atqui si viveret adhuc qui mandavit, sic esset mandati obligatio, ut qui mandatum suscepit, implere deberet mandatum, aut ei mandatum recte renuntiare: & vice versa si qui suscepit, id impleret, nemine mandatum revocante, & mandati actionem contrariam haberet. Ex quo apparet hoc dicere nos, neque heredes mandatoris in idem ius succedere, ut his idem præstari debeat ex caussa mandati, quod defuncto; neque vicissim eosdem eodem iure & obligatione teneri ei, qui mandatum suscepit. Utrumque plane præter ius commune de iure heredum, & transmittendis in eis actionibus. Nam si de eo defuncto agitur, cui quid præstari debuit, placet heredem in idem ius succedere, ut & illi idem præstari debeat; ac nisi præstetur, eædem fiant heredibus actiones. *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* §. *ult. Institut. de loc. & cond. L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* E converso si agitur de eo defuncto, qui quid debuit; placet hic quoque, si obligatio ex contractu est, sine exceptione obligationem & actionem in heredes transire. *L. ex contractibus*, *D. de obligat. & act.* §. 1. *Institut. de per. & tem. act.* Singularis igitur ratio hæc dissolvendæ obligationis in mandato, cum id morte mandatoris solvi dicimus, quanvis adiiciamus re integra.

V. Cur ergo admissa in mandato, contra superiores regulas, & ius commune heredum? Natura mandati id postulare visa est, quasi in eo hoc ipsum ageretur ab initio, ne mandatum rebus integris egrederetur personam mandatoris, & obligatio transiret ad heredes. Et vero hic sensus ex proposito & mente contrahentium non difficile hoc modo colligitur. Nam quod attinet ad mandatorem, quisquis quid sibi præstari pacifcitur, ut mandator alienam in re sua gerenda operam, is quidem putatur esse hoc animo, ut velit etiam cautum heredibus; sed ita, dum consultum sit ad eos transire: alioqui contra. *L. si pactum*, *D. de prob. L. avus*, *D. de pact.* At experientia docet etiam imperitissimos, non esse consultum heredibus, ut quod quis mandavit gerendum alteri, in eo mandatum idem transeat ad heredes: quia non idem fieri expedit heredibus, aut non ita affecti futuri sunt, ut velint rem per alium, aut per hunc geri. Quare probabile est etiam omnem mandatorem hoc agere, ut sibi soli mandatum velit, rem autem integram relinquere velit heredibus. Sed ut forte mandator ita affectus non sit: tamen hæc plane eius qui mandatum suscipit, mens est, ut mandatori operam præstet, non eius heredibus. Quidquid enim hic suscipit mandatarius, operam atque officium suscipit mandantis caussa, quia aut putat se illius meritis debere, aut bene erga illum affectus est, vel ob virtutem, vel propter amicitiam, coniunctionem, affinitatem, & similes caussas. Eodem animo illum affectum esse erga mandatoris heredes nemo dicet; cum illi partim sint ignoti, partim etiam alienissimi aut etiam indigni eo beneficio futuri. Perspicuum est igitur saltem ab hac parte maxime hoc agi, ut mandati operam præstet mandatarius, non etiam heredibus mandatoris, quibus ut ignotis, vel indignis vel alienis nunquam ad idem officii præstandum obstringi velit. Quod cum ita sit, efficiaturque hoc totum coniecturis naturæ mandati & proposito contrahentium plane convenientibus: recte sic mandatum acceptum est, ut intelligeretur officii in eo suscepti præ-

1) Quod & consequens prioribus, quia morte finitur voluntas, Donell. noster *ad L.* 15. *C. h. t. n.* 2. Hotom. 2. *Amic.* 38. Idem est in furore, quia & sic velle quis desinit *L.* 47. *& seq. de acq. her.* Duar. *ad tit. D. de acq. her.* C. 4.

præstatio esse personalis, contineríque persona solius mandantis, sive quid ei præstare deberet mandatarius, sive quid vellet re impleta eo nomine exigere. Quo rursum posito, consequens fuit, quod posuimus, ut morte mandantis solveretur mandatum, nec obligatio mandati exsequendi transiret ad heredes aut adversus heredes mandantis. Idque non modo non repugnantibus, sed etiam ita exigentibus regulis iuris, quæ sunt de actionibus omnique iure defuncti ad heredes transferendæ. Quod enim dicitur heredem, in omne ius atque onus defuncti succedere; *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. in princip. *D. de bon. poss.* hactenus verum est, ut semper quæ personalia sunt excipiantur; quæ placet ut personæ cohærentia cum persona finiri, eoque nec ad heredes transire. *L. non solum*, 8. §. *tale*, *D. de lib. leg.* *L.* 3. §. *ult.* *D. quib. mod. usufructus amit.*

VI. Adeo autem probandum est mandatum morte mandatoris dissolvi, ut quamvis quis nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam, quod & mandatum illo modo mandatarius susceperit, placeat tamen nihilominus & hoc mandatum eodem modo solvi. Ut puta, iussi debitorem meum post mortem meam Titio solvere. Scribit Paulus debitorem me mortuo non recte Titio soluturum: quia mandatum morte dissolvatur. Hoc ille in *L. ult.* in fin. *D. de sol.* Idque ex lectione vulgari, itemque Florentina. Quam lectionem ne quis repudiet, ut Accursius tenuit, & alii 3 quidam fecerunt, idem declaratur in specie simili in *L. et si quis*, §. *si cui funeris*, *D.* de relig. *Si cui*, inquit Ulpianus, *funeris sui curam testator mandaverit, & ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit.* Sive mandata est hæc cura testamento, sive inter vivos, semper efficitur hoc responso mandatum id morte mandantis defuncti intercidisse, quantumvis is cui mandabatur mandatum agnoverit pecunia in eam rem accepta. Alioqui esset adversus eum qui funus non curaret, aut actio mandati, siquidem ei inter vivos id mandatum esset; aut ex testamento, si mandatum esset testamento, quia ut quisque ex testamento aut voluntate testatoris accipit, hactenus & testamento onerari potest. *L.* 3. §. *penult.* §. *ult.* & *LL.* seqq. *D. de leg.* 3. Quibus actionibus propositis cessaret de dolo. *L.* 1. in princip. & §. *ait*. *D. de dolo*.

VII. Sed ideo hic hæsitatur, quia contrarium scriptum est in *L. si vero*, 12. §. *ult.* & *L. idem est*, *seq.* in his caussis. Mandavi tibi ut post mortem mihi monumentum faceres: placet & heredem meum mandati tecum agere posse; & si pecunia tua monumentum feceris, habere te adversus heredem meum actionem. Idem est, etsi mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum. Ego puto recte ista conciliari distinctione, quam ipsa hæc exempla & natura rerum suggerant: vel potius his exemplis eam distinctionem induci quam hic teneamus. Interest, utrum res de qua mandatum est, ut in ea post mortem mandatoris quid fieret, mortuo mandatore ad heredem eius pertineat, an non pertineat. Si pertinet, mandatum etiam post mortem collatum mandatoris finietur: scilicet ut res quæ heredum esse cœpit, servetur heredibus integra, quibus nec pacto nocere voluit in re sua, nec mandatarium invitum obstringere, qui mandatorem tantum spectavit. Quod si res ad heredes non pertinebit, perseverabit mandatum, & mandati obligatio quanvis mortuo mandatore. Prioris partis huius distinctionis exempla sunt duo illa priora, quæ retulimus: posterioris duo posteriora. Nam cum mandavi debitori meo, ut post mortem meam Titio solveret, mandavi de eo debito, cuius obligatio & actio me mortuo ad heredes meos pertinet. De eo ergo ipsi statuent, ut volent; nec mandatum meum impediet, cui propositum non fuit commodum heredum lædere. Similiter cum mandavi tibi, ut funus meum curares, mandavi hic quoque de re ad heredes meos pertinente: nam & cura heredis defuncti ad heredes pertinet. *d. L. et si is*, §. *ult.* *D. de relig.* Quare & hanc quoque curam heredi servabimus; idque maxime assentiente defuncti voluntate, qui in re inprimis ad existimationem heredum pertinente his suum honorem,

3) Cuiac. 7. *Obs.* 38. ita inverso verborum ordine legens: Ei autem cui iussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur, & audacter scribens, vulgatam lectionem alienam esse a principiis iuris, & Briss. *Lib.* 1. *de Sel. p.* 326. Sed Hotom. 2. *Amicab.* 38. ita: Mandatum post mortis tempus conferri nequit *d. L. ult. de sol.* in quo tamen vulgo contrariam regulam faciunt, vid. Benvenut. Straccha *de Mercat. Tit. Mandat. n.* 49. Petr. de Bella Pertica Q. 285. nisi mortis caussa sit donatio, & ultimæ voluntatis speciem referat, quæ non nisi post mortem impleri potest, cuius modi species in *L.* 18. §. 2. *de don. mort. ca.* Idem esse in mandatis, quæ non nisi mortis caussa iniunguntur, veluti ut monumentum fiat, ut fundus ematur, in quo sepulcrum fiat *d. L.* 12. §. *ult.* & *L.* 13. *h. t.* ut funus curetur *d. L.* 14. §. 2. *de relig.* ubi Pac. 4. Q. 86. actionem de dolo exponit actionem mandati propter dolum, seu nomine doli.

norem, ut verisimile est integrum esse voluit. At cum mandavi tibi, ut post mortem mihi monumentum ædifices, nihil hic ædificatio ad heredis curam pertinet. Ipse enim funus defuncti curare debet: sed funus dumtaxat, nihil amplius. *d. L. etsi quis*, §. *ultim. de relig.* ut proinde nec monumentum defuncto ædificare necesse habeat. Illic quoque cum mandavi tibi ut fundum post mortem emeres heredibus meis, is fundus cum sit alienus non potest intelligi de re heredum tibi quidquam mandatum esse. Hinc commutata ratione in utraque hac specie posteriore recte placet mandatum morte mandantis non solvi, sed & post mortem eius durare: his de caussis; & quod mandator in his etiam post mortem nihil mandat de re aliena, sed sua; & quod mandatarius cum id mandatum exsequetur, operam præstabit mandatori, non eius heredibus: quæ res duæ mandatum ex consensu retinent, uti contrariæ eum inciderint, dissolvunt: hanc enim caussam dissolvendi morte mandatoris mandati esse diximus, quod mandatore mortuo res pertineret ad alias personas, quibus mandatarius non similiter officium exhibere voluit.

VIII. Sed dum morte mandatoris finietur mandatum, sicut in revocatione mandati, ita hic quoque hæc conditio est si mors mandatoris re integra seu integro mandato intervenerit. *d.* §. *item si adhuc*, *Institut. de mand.* Res integra hic accipienda est, quæ & mandanti integra est, & mandatario. Est autem mandatori integra, cum nihildum intervenit, cur mandator quod mandarat, non possit adhuc æque commode per se aut per alium exsequi. Quod si quid inchoavit mandatarius quod solus posset recte perficere, cœptam mandati executionem mors eius non interrumpet, sed negotium heredes perficere debebunt. Id enim ita fieri mandatoris interest; & hactenus ex caussa mandati est directa mandati actio. *L. si procuratorem*, §. *mandati*, *D. mand.* quæ vivo mandatario mandatori semel quæsita, morte eius non auferetur heredibus, sed transibit ad heredes. Mandatario res integra est, cum nihildum ei per caussam mandati abest. Quod si abesse cœperit, recte dixerimus rem & mandatum illi non esse integrum, a quo non possit si velit, indemnis ut a principio discedere. Hæc vero res faciet, ut quanvis mortuo postea mandatore, mandatum tamen perseveret, id est in eo caussa sit, ut mandatarius possit & debeat mandatum exsequi, ut instituerat: nisi malint heredes occurrere, & in eo quod iam mandatario abesse cœperat, illum indemnem præstare. Ergo in persona mandatarii mandato adhuc non impleto (nam impletum amplius non est) duobus modis res integra esse desinit, eoque & mandatum perseverat. Uno, si cum ad rem implendam sumptu aut profectione esset opus, is aut eum sumptum necessarium iam fecit, aut ita res suas composuit, ut necesse haberet proficisci. *L.* 5. in princip. *D. de cond. cau. dat.* Altero, si mandato suscepto ita cœpit teneri mandatarius ad aliquid præstandum, ut non possit eam præstationem vitare, si velit. Quod accidit fideiussori, qui mandatu debitoris pro eo fideiussit. Hic utcumque vetetur a mandatore suo solvere creditori, aut mandator decesserit, tenetur tamen creditori nihilominus. Quocirca & vetante mandatore, & mortuo recte solvet creditori, quanvis sciens, & mandati actionem habebit. Nam & heres eius haberet, si solvisset eo mortuo. Quæ & vivo mandatore intelligenda sunt, si is revocet mandatum, & quæratur, an id fiat re mandatario integra.

IX. Ergo his casibus ut re non amplius integra, nec revocatione mandatoris, nec morte mandatum solvetur. Interdum etsi res sit integra, solvitur quidem his modis mandatum, at non mandati obligatio, & actio. Id accidit, cum mandatarius revocatum mandatum, aut mandatorem decessisse 4 ignorans mandatum implevit. Hic placuit mandati actionem ei dari, quanvis verum sit eum mandatum non implesse, quod finita voluntate, aut morte solutum erat. §. *item si*, *Institut. de mand. L. inter*, in princip. *D. mand.* Quomodo igitur in hac re mandati actio; cum non sit hæc actio nisi ex mandato; fateamur autem hanc tunc natam, cum nullum amplius esset mandatum? Agnoscunt veteres stricta iuris ratione id fieri non posse: ideo utilitatis caussa receptum esse dicunt; ne quis forte hæc contraria esse

4) Ita & Cuiac. 8. *ad Afr. in L.* 34. §. 1. *h. t.* Loriot. *de Iur. Art. Tr.* 5 *de Morte Axiom.* 13. sic distinguit: Aut mandatum continet dominii translationem & vel mandans dominus fuit & morte exstinguitur mandatum, etiam inter ignorantes, ut in *d. L.* 41. vers *quas vero, de reb. cred.* quia dominium heredi quæsitum ab eo invito non recedit *L.* 19. §. 1. *de L. dot.* Vel mandatarius est dominus, & non finitur *L.* 19. §. 3. *de don.* Priori autem casu, si sciens mortem, vel prohibentibus heredibus, transtulerit tamen, de eo tenetur *L.* 33. *in fi. de acq poss.* sin ignorans secus *d. L.* 19. §. 3. Aut aliud quid continet, & tunc licet mandatum exstinctum, inter ignorantes tamen durat actio *d. L.* 26. *pr.* & debitor solvens liberatur *d. L.* 41. vers *si placebat*, *&c.* Si tamen universale fuerit, ut in institore, morte non interit *L.* 57. §. 2. *de instit. act.* ita Loriot.

esse existimet, quod mandatum solutum esse volunt, durare vero mandati obligationem: hoc in *d.* §. *item si adhuc*, *Inst. de mand. L. inter*, *D. mand.* Receptum hoc autem utilitatis caussa ideo, ne probabilis ignorantia mandatario damnum adferat, ut est in *d.* §. *item si adhuc*. Et recte. Nulli enim officium suum debet esse damnosum. *L. si servus*, §. *quod vero*, *D. de furt.* Interim hoc tenent, semper mandatoris morte solvi mandatum re integra: etiam tunc cum postea per ignorantiam impletum est mandatum, etsi fatentur obligationem & actionem mandati hoc casu durare. *d. L. inter*, *L. si praecedente*, 58. in pr. *D. mand.*

X. Quæret ergo aliquis, quid prosit, cum dederis manere obligationem mandati, dicere mandatum nihilominus esse dissolutum? Plurimum. Effectus hic est, ut si quid per ignorantiam mandatarius fecerit mandati exsequendi caussa, dum ei eo nomine nihil absit, cuius persequendi caussa necesse sit illi actionem mandati dari; sciamus quidquid id erit, id ratum non haberi, nec heredibus mandantis nocere: utpote gestum non ex mandato, postquam id morte mandatoris solutum esse dicimus. Multa autem possunt incidere eiusmodi, quæ rata non esse intersit heredum mandatoris, & tamen cum irrita erunt, nihil intersit mandatarii. Atque hinc illa veterum. Dedi tibi pecuniam, ut eam Titio crederes. Si me mortuo credideris, quamvis me mortuum ignorans, pecuniam non transferes, eoque manebit & pecunia heredum, quam illi iure suo vindicent. *L. eius*, verf. *quas vero*, *D. si cer. pet.* Non sane alia de caussa, quam quod non potuisti transferre nisi ex mandato: hic autem mandatum morte mea exstinctum est. Nec quidquam hic obstabit heredibus pecuniam suam vindicantibus, quod dicitur ei qui per ignorantiam post mortem mandatoris mandatum implevit, mandati actionem durare. Durat enim ad hoc, ne quid damni ob impletum per ignorantiam mandatum mandatarius patiatur. Nullum autem hic eius damnum est, quod pecunias istas credidit, etsi hæ ab heredibus possidenti avocentur. Alienæ enim pecuniæ fuerunt, & eæ quibus accipienti ablatis, nihil propterea ei mandatarius præstare debeat. Item, donaturus ego rem aliquam Titio, eam tibi dedi, ut ad Titium perferres. Placet, si prius mortuus sim quam ad Titium perferres, & postea perferas, nihil agi, nec pecuniam fieri accipientis, omninoque & rem integram servari meis heredibus. *L.* 2. §. *si pecuniam*, in fin. *D. de donat.* Eadem ista ratione videlicet, quia morte mea solutum sit mandatum, tu autem nisi ex voluntate mea & mandato transferre non potueris. Et præterea ob rem Titio avocatam nulla actione illi tenearis, quam ob caussam tu obligationem mandati tibi servari desideres. Hoc tamen favore dotis temperatum est in hac specie. Nam si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis eas dotis faceret, & ante nuptias decessero: placet quidem mandatum summo iure finitum, nec iam eum cui res tradidi, dominium earum transferre posse iam factum heredis: sed tamen favore 5 dotium benignius esse necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri; ne mulier maneat indotata. Hoc in *L. si ego*, 9. §. *si res*, *D. de iur. dot.*

XI. Ex mandatarii persona solvitur mandatum proprio iure quatuor modis, renuntiatione mandati tempestiva; sola voluntate renuntiandi interdum; iusta omittendi mandati caussa interveniente; & morte mandatarii. Renuntiatione mandatarii solvitur mandatum, cum is mandatori mandatum renuntiavit, idest iussit eum habere sibi mandatum suum, significans se id exsequi non posse, aut nolle. Hæc discedendi a mandato facultas mandatariis tributa. *L. si mandavero*, §. *ult. L. si quis alicui*, §. *qui mandatum*, *D. mand.* At hoc aperte præter exemplum cæterorum contractuum, qui similiter consensu fiunt, ut emptione venditione, locatione conductione: a quibus placet neminem recedere posse ulla renuntiatione invito adversario. *L.* 3. *C. de resc. vend.* Pugnare etiam videtur cum illa definitione perpetui iuris, semel constitutæ obligationi 6 renuntiare invi-

5) Ita DD. vulgo & Hotom. 2. *Amicab.* 38. Quod & ad pias caussas producunt & ubi favore ecclesiæ suadet, ut tunc morte mandantis non exspiret, Tiraq. *Priv. pia caussa* 82. *per Clem. exiit* § *in eo vero de V. S.* Bald. *Novel. de dote P.* 6 *Privil.* 52. *& seq.* Covar. 1. *Var. Resol.* 14. *n.* 15. *& seq.* Nec inepte. Tametsi A. Fab. 48. *Err. Pragm.* 4. non tantum extensionem hanc reiiciat, eo quod mortis eadem plane ratio sit quæ revocationis, qua tale mandatum finiri nemo negat, sed & ibid. *er.* 8. *Coniect.* 19. more suo in Tribonianum invehens eidem vers. *sed benignius d. L.* 9. §. 1. *de I. dot.* ceu iuris rationi contrarium adscribat. Excipiunt & DD. mandatum quod non pendet a mera voluntate mandantis, de quo post alios Ant. Massa Galef. *Tr. de Formul. Cam. oblig. P.* 2. *Quæst.* 2. *ad* 5. *particulam oblig. n.* 4.

6) Non renunciat constitutæ obligationi, quia non obligatus ad hoc, ut præcise impleret, sed disiunctim ut vel impleret vel tempestive renunciaret. Licet enim verba refragari

invito adversario neminem posse. *L. sicut, C. de obligat. & act.* Admissum tamen in mandato propria quadam vi & natura mandati, quæ ut hoc ipsum mandatum suscipienti facere liceat, exigere intelligitur. Unde sumptum, cum de eo nihil cautum sit in mandato vel deferendo, vel suscipiendo? Non dubium, quin sumptum ex eo, quod mandatarius officium & beneficium in mandato exsequendo mandatori præstat, eiusque officii caussa solius mandatum ab initio suscipit. *L. 1. §. ult. D. mand.* Sic lex est naturæ recepta in omnibus beneficiis & liberalitatibus nostris, quas in alium conferimus, ut tandiu possint alii liberalitate nostra uti, quandiu velimus; cum autem mutavimus voluntatem, liceat liberalitatem revocare. Lex usurpata ab Ulpiano in *L. 2. D. de prec.* Quam & ille ex naturæ æquitate esse dicit; & recte. Nam aliis hoc modo nihil detrahentes, interim quod nostrum est nobis integrum servamus sine cuiusquam iniuria. Quapropter ex hac lege, qui officium susceperat in mandato, is officii susceptionem revocabit, cum videbitur; quod faciet mandati renuntiatione. Tantum hic danda est opera, ne mandato suscepto per speciem officii mandatori noceamus. Eleganter enim Paulus de commodato revocando; *adiuvari quippe nos*, inquit, *non decipi beneficio oportet.* L. in commodato, §. *sicut*, in fin. *D. com.* Ideo in hac renuntiatione mandati exigimus, ut qui renuntiat, tempestive idest eo tempore, cum qui mandavit, potest eamdem rem per se aut per alium æque commode exsequi. Quod si mandatarius tandiu exspectet, dum opportunitas rei gerendæ amissa sit, atque ita res perierit mandatori: tenebitur mandatori in id quod eius interest; quam actionem nulla renuntiatione postea evitabit. Non enim debuit simulato officio commodis mandatoris obstare, ut cum illum expectatione suscepti officii tenuisset, postea opportunitate gerendi amissa delusum destitueret; hæc ad illam sententiam ubique, ubi de hac renuntiatione agitur. *§. penult. Institut. de mand. d. L. si mandavero, §. ult. d. L. si quis alicui, §. qui mandatum, D. mand.*

XII. Sola voluntate renuntiandi interdum etiam mandatum solvitur: quod fit, cum mandatarius paratus renuntiare tempestive, casu aliquo prohibitus est, quominus posset: puta valetudine, hostium incursu, vi latronum, tempestate. *L. si quis alicui, §. qui mandatum, L. sane, 23. L. seu ob. 25. D. mand. §. penult. Institut. de mand.* At est hoc posterius, si per se spectetur multo magis adversus regulas superiores de distrahendis obligationibus, quam si quis mandatori mandatum renuntiet, ubi renuntiatione saltem monitus mandator potest sibi in tempore prospicere; quod qui renuntiationem nullam videt, facere non potest. Unde igitur sumptum, & tributum mandato? Efficitur ex iure renuntiandi mandati supra constituto. Nam si ei qui mandatum suscepit, licet mandatum renuntiare, & in hoc solum obligatur re integra; ut aut impleat mandatum, aut renuntiet; consequens est, si casu aliquo renuntiare non poterit, illum non teneri; certi enim iuris est, casus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio præstari. *L. quæ fortuitis, C. de pig. act. L. contractus*, in fin. *D. de reg. iur.*

XIII. Etiam sine alia renuntiatione, aut renuntiandi voluntate, interdum omittendi mandati iusta [7] caussa est: qua interveniente placet solvi mandatum. Ea caussa est, quæ facit, ut quanvis mandatarius possit mandatum renuntiare, tamen non necesse habeat, sufficiatque hæc sola caussa, ut mandatum ipso iure finiatur. Caussæ in hac re statuuntur a veteribus duæ; inimicitiæ capitales; & inanes rei actiones: sic enim hæ proponuntur in *L. sane, 23. & L. seqq. mand.* Inimicitias capitales dicunt, quæ abortæ sint inter mandatorem & eum qui mandatum suscepit. Inanes autem rei actiones sic accipere debemus, actiones mandatarii, quæ de eo in caussam mandati ab eo impensa si quid forte impenderet, competituræ sint; sed ita, ut illi inanes sint futuræ. Quod tunc accidit, cum mandator solvendo non est. Nulla enim videtur esse actio, quæ propter inopiam adversarii est inanis. *L. 6. D. de dolo.* Ita in summa, hæc caussa inanium actionum nihil aliud declarat, quam iustam omittendi mandati caussam etiam sine ulla renuntiatione esse mandatario, si mandator solvendo non sit. Cæterum & hæc caussa, & superior illa inimicitiarum ideo iustæ caussæ sunt omittendi

fragari videantur, tamen renunciatio ex æquitate *d. L. 2. de precar.* nascitur, cuius ratio præcipua bonæ fidei iudiciis habetur Donnell. *ad L. 11. C. h. t. n.* 8. Non male Vasq. *2. Contr. usu freq. 15. n. 4.* sic: Salvis rebus pœnitere integrum, ne opera gratis promissa onerosa esse incipiat novo fortæ impedimento rei peragendæ obiecto. Nec mandati actio dari potest, nisi quatenus interest *L. 8. §. 6. h. t.* At ubi res integra mandanti, nihil eius interest. Quod si alius eo tempore suscepturus mandatum, qui commode perficeret ac per interventum suscipientis res deterior facta, utique actio erit

7) Et sic præsumpta voluntate renunciandi, vid. Benv. Straccha *de Merc. Ls. de Decoctor. P. 3. n. 50. & seq.*

tendi mandati, quia natura mandati tacita quadam lege sic exigere videtur mandati curam ab eo qui suscepit, ut simul & ei cum mandatum impleverit, cautum esse possit, ne sit illi officium suum damnosum, *L. ex mandato*, 20. in princ. *D. mand. L. si servus. §. quod vero, D. de furt.* ut si cautum esse non possit, nulla sit necessitas mandati implendi. Iam vero si mandator solvendo non est, quidquid mandatarius impenderit mandati caussa, illi perierit. Sed etsi res illi erit cum inimico capitali, præterquam quod credibile est iam mandatorem huius opera uti nolle; tam vero si quid hic impenderit, aut ille non solvet, aut necesse erit cum illo contendere: quod cum inimico facere & periculi plenum est, & turpe.

XIV. Morte [8] quoque mandatarii similiter ut mandatoris mandatum intercidit, eadem illa conditione, si mors intervenerit re integra. *L. si quis alicui, §. morte, D. mand. §. item si adhuc, Instit. de mand.* Et hoc rursum adversus regulas communes certas iuris de hereditariis actionibus. Constat enim mandatarium dum vivit, obligari, ut aut mandatum susceptum impleat, aut tempestive renuntiet, ut ante diximus, *d. L. si mandavero, §. ult. L. si quis alicui, §. qui mandatum, D. mand.* Sic autem regula iuris est, ex contractibus venientes actiones in heredes transire. *L. ex contractibus, D. de obligat. & act.* quod nihil aliud est, quam heredes eadem obligatione & actione teneri. Cui consequens erat, ut & hic tenerentur eodem modo mandatarii heredes, neque obligatio morte obligati intercideret. Qui fit igitur, ut & hac parte proprium ius in mandato solvendo sit constitutum? Sumptum & hoc ex natura mandati: in quo ut est id quod quæritur in mandato, ita hoc ipsum agi intelligitur. In mandato id quæritur, ut sit qui nostro mandatu quid gerat, & recte gerat. Quam ad rem constat a nobis certam [9] personam eligi, cui recte committamus: proinde & in persona fidem atque industriam rei gerendæ convenientem: nonnunquam & amicitiam, a qua beneficium accipere non gravemur. Sic est hæc electio personæ omnis, ut sit personalis: quia nemo aliis facile idem committeret, aut non ea fide & diligentia præditis, aut non ita erga nos affectis, interdum nec talibus, ut velimus iis quidquam debere. In quo numero sunt maxime eius, cui negotium commissum est, heredes: ut plurimum mandatori ignoti. Eo recte comparatum est, ut administratio omnis electæ personæ commissa tanquam personæ cohærens, una cum ea persona finiatur. Significatur hæc ratio in *L. mandatum*, 57. in fin. *D. mand.* explicatur pluribus in *L. cuius, D. de cur. fur.* expressa est in *C. ult. ex. de offi. & pot. iud. del.* Sed hic, ut dixi, eadem illa conditio est, quæ in mandatore, si mors mandatarii intervenerit re integra. Dixi ante, quæ esset res integra. Qua ex definitione intelligemus, si quid mandatario vivo per caussam mandati abesse cœperit ita, ut reliquum mandatum perficere necesse haberet, deinde moriatur: mandatum non finiri, sed heredes reliquum implere debere, & cum exsecuti fuerint, mandati actionem habituros. Exemplo erit fideiussor unus pro omnibus. Fideiussor mandatu debitoris fideiubet. Is etsi non statim solvit nomine debitoris: sic tamen ad id obligatur, ut solvere necesse habeat, si debitor non solvit: ut iam non sit ei integrum non præstare, quod ex hac caussa debeat. Finge ergo prius eum decessisse, quam solveret. Dicemus heredem eius si solverit, habere mandati actionem: idque ita scriptum est in *L. heredem*, 14. *D. mand.* Atqui mandatum morte eius qui mandatum suscepit, solvitur. Sed non si is decessit, cum iam desiisset illi res esse integra. Quod accidit fideiussori simul atque fideiussit, quandocumque decesserit postea.

XV. Non hic quærimus, an mandatarii heredes mandati actionem habeant, si forte ignorantes mandatarium decessisse mandatum exsecuti sint: quoniam mandatarium decessisse ignorare non possunt. Nam si extranei sunt, non aliter fiunt heredes, quam si sciant eum de cuius bonis agitur, obiisse, & se ei heredes esse. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Si sui, aut necessarii, non possunt gerere ut heredes, nisi & prius se heredes factos cognoverint. Quid si heredes mandatarii ultro aut per ignorantiam iuris, dum se mandato teneri putant, aut bonam fidem secuti id exsequantur postea, quod curæ defuncti commissum erat? Respondebimus, cum defuncti morte mandatum exstinctum sit, neque his mandati actionem esse eo nomine, neque eo facto mandatori nocere; nisi ad hoc forte, ut si quid ex caussa eius mandati vendiderint, possint

8) Item status mutatione sive capitis minutione mandatarii, de quo vid. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 22.

9) Videtur igitur hoc actum ab initio, ut in persona eius consisteret. Et quid si plures heredes? Pluribus committere periculosum, uni præ cæteris illi onerosum, Donell. *ad L.* 15. *C. h. t. n.* 9.

fint emptores iidemque boni fidei possessores rem usu capere. Quod tamen his non propter mandatum præcedens, sed propter iustam possessionem suam contingit. In hanc sententiam exstat dignum animadversione responsum Papiniani in *L. mandatum*, 57. *D. mand.* quod quia vitiose legitur cum in Pandectis Florentinis tum in aliis exemplaribus, & per se est obscurum, eaque obscuritas non involvit tantum Accursium, sed & Antonium Augustinum tenuit, ut putaret priora cum posterioribus non cohærere; putavi hoc loco mihi attingendum, ut prius explicaretur. Proponitur quæstio de venaliciario, qui quia abesse cogebatur, dedit alicui servos quosdam suos distrahendos. In quo inest mandatum, ut servi distrahantur. Est autem venaliciarius, qui mancipia emit & vendit, eamque tanquam negotiationem exercet, qui & latinis dicitur mango. *L. præcipiunt*, in fin. *D. de æd. ed. L. mercis appellatione*, *D. de verb. signif.* Putemus hoc idem quæri de omnibus mercatoribus, & aliis mandatoribus, qui aliquid suum distrahendum mandent. Is ergo venaliciarius servos commiserat Titio, & mandarat, ut venderet. Defuncto qui mandatum susceperat Titio, heredes eius errore lapsi, dum scilicet se eodem mandato teneri putant, aut sibi hic idem licere quod defuncto; non animo furandi (alioqui furtum facerent, nec res furtiva posset postea ab emptoribus usucapi. *§. furtivæ*, *Instit. de usuc.*) sed exsequendi quod defunctus curæ suæ fecerat, servos vendiderunt. Mandatum morte eius qui mandatum susceperat, intercidisse constabat. Sed quoniam heredes errore servos vendiderant, quærebatur, an eo facto aliquid venaliciario nocuissent. Respondet Papinianus, hactenus eos venaliciario nocere potuisse, ut emptores bona fide tanquam a dominis accipientes servos usucapere possent. Ideo placere, si hi servi iusto tempore possessi essent, ab emptoribus usucaptos videri. *Sed venaliciarium ex provincia reversum* (intellige cum Accursio, servis venditis nondum usucaptis (*Publiciana actione* [10] *non inutiliter acturum*, id est servos tanquam a se prius bona fide possessos Publiciana vindicaturum, & ablaturum emptoribus. Est enim Publiciana, actio in rem, quæ bonæ fidei possessori datur tanquam de re sua. *§. namque*, *Institut. de act.* In Pandectis Florentinis legitur *non utiliter* negative: ac propemodum hæc quoque vulgata lectio est. Multi notarunt in veteribus quibusdam exemplaribus se invenisse non inutiliter. Laboraremus, vel potius sine controversia sequeremur hic magis Florentinam & eam vulgarem scripturam, nisi ipse Papinianus ratione subiecta quid hic scripsisset, planum faceret. Nunc autem ea ratio ab illo subiecta est, quæ evidenter demonstret hoc illum dicere, venaliciarium reversum recte & utiliter Publiciana acturum. Ratio enim hæc est; quod error heredum non debeat venaliciario nocere. Noceret autem, si venaliciarius non utiliter ageret. Subiicit ergo Papinianus, quod paulo pluribus hanc sententiam exprimit: obscurius quidem, sed tamen hanc ipsam, estque hæc sententia eorum verborum quæ sequuntur. Diceret enim aliquis venalitiarium hunc reversum Publiciana non inutiliter acturum. Nam Publiciana actio nulli quantumvis bona fide possessionem nacto, adversus dominum competit: certe adversus eum qui agat, exceptio iusti dominii domino possidenti datur. *L. penul. L. ultim. D. de Publ.* At in proposito emptores, qui ab heredibus mandatarii emerant, venditione domini facti sunt; quia heredes mandati exsequendi caussa bona fide servos vendiderunt. Non ergo potest venalitiarius in proposito de his servis Publiciana agere utiliter; ubi futurum sit, ut exceptione iusti dominii emptoribus quæsiti summoveatur. Huic obiectioni occurrit deinceps Papinianus hoc modo. Exceptio iusti do-

10) Sic quoque emendat Zoinet. *Resp. ad D. C.* 18. qui tamen non accipit *d. L.* 57. de intentata Publiciana ante impletam usucapionem, sed eo casu exceptionem veri dominii, usucapione quæsiti, non admitti ob subiectam rationem. Rob. 2. *Rec. Lect.* 16. ita receptam lectionem tuetur, ut venalitiarium intelligat, cum Accursio (ut & Conan. 7. *Comm.* 14. n 12.) non mandantem, sed empturem. Et ponit casum quo servi venditi mangoni seu venalitiario. Eo deinde absente mandantem possessionem recepisse. Quæritur, An Publiciana illi emptori detur contra mandantem. Ratio dub. Venditio facta voluntate mandantis, ideoque dominium translatum Ratio decid. Morte exstinctum mandatum, nec ob heredum imperitiam damno afficiendus qui mandaverat. Ita Rob. qui & ad obiect. Zoan. Venalitiarius est qui servos vendit, resp. Recte. At quomodo venditurus nisi prius ab aliis emptos. Sed huic interpretationi resistunt (1) Verba pluralis numeri, *ab emptoribus*, a quo non probabile est ita statim transitum fieri ad singularem. (2) Mera divinatio est, emptore, qui usucapionem impleverat, absente possessionem fuisse arreptam a mandante, nec deteo quidquam in textu. (3) Falsa fiet decisio. Nam si usucepit, verus est dominus emptor, tantum abest ut contra eum agentem mandans exceptionem dominii, iam amissi, obiicere possit. Meliori & nova ratione, citraque ullam divinationem mihi solvari videtur recepta lectio, ita: Venalitiarium, qui mandaverat, non agere utiliter, ratione proxime subiecta, quæ non removet obiectionem, sed est caussa decid. quia scilicet usuceperunt emptores. Sed in vers. *neque oporteat*, removetur dubium, ita; Non ideo hoc modo evenit ut in damno constituatur mandans, siquidem quod ei abest, persequi ipsi licet contra hæredes mandatarii.

minii adversus Publicianam datur: Ita est; sed datur caussa cognita: ideit ut ad institutum Papiniani accommodetur, datur non omni qui se iustum dominum dicit, sed ei qui & vere iustus dominus sit, de quo & iudici diligenter cognoscendum est. Nunc autem cessat hæc caussa in proposito. Emptores enim isti domini servorum facti non sunt. Emerunt enim ab iis qui domini non erant: & emerunt non ex domini mandato: quoniam id mandatum morte domini finitum erat. Nec eo defendi debent, quod qui vendiderunt heredes, errore se domini voluntate dominium transferre putaverunt: *quoniam*, inquit Papinianus, *non oportet eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno*.

C A P. XXIV.

Quibus modis societas dissolvatur.

Continuatio. Societas dissolvitur tribus modis, I.
1. *Morte unius ex sociis. Ad quos talis dissolutio pertineat*. II. III. V.
Exceptio. IV.
Morte non naturali dumtaxat, sed & civili. Hæc duplex, & quæ. VI.
2. *Amissione bonorum unius. Amittuntur illa quatuor modis. Quinam sint*. VII. VIII.
Voluntate veteri & nova: illa si sit societas, aut ad tempus, aut certi negotii; & quatenus. IX.
Hæc, vel aperta vel tacita. X.
Aperta; *renuntiatione unius aperte declarata, & qualiter*. XI.
Ratio. XII.
Renuntiatio quas cautiones habere debeat. Et quid cum eæ desunt. XIII.
Tacita; *factis testata quæ discedendi a societate voluntatem arguunt, & his tribus*. XIV.
1. *Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta*. XV.
2. *Iudicio pro socio ab uno ex his instituto in privata societate*. XVI
Secus in societate vectigalium. XVII.
3. *Privata secessione sociorum*. XVIII.
Modos omnes dirimendæ societatis una ad distrahendum voluntate sociorum contineri, & quatenus. XIX.
Naptiæ, genus societatis; eæque quomodo dissolvantur. XX.

I. ET societas suo quodam proprio iure solvitur. Consistit societas omnis ex personis sociorum; ex rebus, quarum caussa societas contrahitur; & sociorum consensu. Eo fit, ut iisdem rebus in contrarium versis distrahatur societas, sed proprio quodam suo iure conveniente naturæ contractus. Hinc si genera summa sequimur, dissolvitur societas [1] tribus his summis modis; A personis, morte unius ex sociis; A rebus, bonorum unius ex sociis amissione; A consensu, sola unius ex sociis voluntate. Ac possunt horum generum singulorum species esse plures. Genera certe non sunt plura quam hæc tria, quibus societas dissolvatur.

II. Morte unius ex sociis solvi societatem constat, *L. verum*, *§. ult. L. actione*, *§. morte*, *D. pro soc. §. solvitur*, *Institut. de societ.* Hoc quoque genus distrahendæ obligationis proprium societatis, ab illo communi iure recedens, quo placet heredem in eamdem obligationem & idem ius cum defuncto succedere. *§. ult. Institut. de loc. & cond. L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* Sed admissum hoc in societate eadem huius contractus natura, & ratione, qua in mandato placet similiter morte eius qui mandatum suscepit, mandatum dissolvi: quod ut mandator in negotio mandando personam certam eligit, cui mandet: sic & in societate socius [2] certam cum qua velit sibi rerum

1) Vult. in *§. manet 4. I. h. t.* Modi hi peculiares, ait, sumuntur ex 4. fundamentis. Personis, Rebus, Voluntate, Actione. Donell. *ad L. 2. C. h. t. n. 2. & seqq.* ita: Dissolvitur aut nova voluntate aut sine ea casu. Voluntate autem non tantum omnium, sed & unius solius. Casu aut tempore, si ad tempus contracta, aut morte aut amissione; add. Duar. *ad h. t. D. C.* 3. Gomez. 2. *Resol.* 5. Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 12. *& seqq.* Petr. de Ubaldis *Tr. de Societ. P.* 11.

2) Quæ ratio & vulgo redditur, vid. Valasc. *To. 1. Consult.* 63. *n* 4. Mozz *de Societ. Col.* 4. *de Naturalibus n.* 2. *& seqq.* Henning. Goden. *Cons.* 86. *n.* 2. Furore autem superveniente non dissolvitur *L. ult. C. h. t.* Atqui eadem dissolutionis ratio, quia fides personæ electa resp. Sed spes est ad sanitatem correptum perduci posse. Curator autem furiosi potest societati renunciare ex Iustiniani constitutione *d. L. ult.* ubi vid. Donell.

rerum atque operæ & diligentiæ esse communionem: redditurque diserte hæc ratio in *§. solvitur, Institut. de soc.* Et recte: nam, ut dixi in mandato, omnis personæ electio, cuius fidem, & industriam sequimur ad res aliquas gerendas, personæ electi cohæret; ut merito non egrediatur personam, eoque nec transeat ad heredes.

III. Morte socii societatem solvi cum dicimus, id intelligi volumus, quod verba significant; non solvi tantum defuncto, eiusque heredibus; sed dissolvi in totum, id est etiam reliquis sociis, si forte plures erunt, quam duo. Morte quidem socii ita solvi societatem, ut solvatur eius heredi, non dubitatur. Idque est, quod traditur, mortuo socio heredem in societatem non succedere: item socii heredem socium non esse. *L. adeo, L. verum, §. in heredem, D. mand.* Quod non eo pertinet, ut heres socii non teneatur actione pro socio: tenetur enim, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam, quam is præstaret, in cuius locum successit. *L. nemo, 35. & L. seq. D. pro soc.* Sed hoc significat, heredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi quod ex ea societate esse possit in reliquum tempus vocari. Adeoque id visum est societatis naturæ convenire, ut placeat nec ab initio pacisci nos posse, ut 3 heres in societatem succedat. *L. adeo, D. mand.* At obstat edictum de pactis, quo prætor generaliter pollicetur se pacta, quæ neque dolo malo, neque contra ius facta sint, servaturum. *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact.* Quod ius si ullo in genere contractuum servandum est, maxime valere oportet in contractibus bonæ fidei, qualis est societas; cum nihil magis congruat bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, servari. *L. ex empto*, in princip. *D. de act. empt. L.* 1. in princ. *D. de pact.* Sed cum excipiantur eodem edicto ea pacta, quæ contra ius facta sint, satis & hoc pactum de herede in societatem admittendo excipitur. Est enim & ipsum contra regulas iuris, quo forma societati data est, placetque ut in coniunctione & veluti fraternitate voluntaria contra naturam rei esse, quemquam ex sociis socium effici ei 4 cui non vult: quod fieret, si efficeretur socius heredi, quem nunc non admitteret: nec alia redditur huius iuris ratio in *L. actione, §. societas, D. pro soc.* Sed quam sit hoc pactum contra naturam societatis, quam ob caussam & repudiatum sit, magis intelligetur ex iis, quæ de renuntiatione dicemus.

IV. Exceptæ tamen hoc loco societates vectigalium, & aliorum publicorum inter publicanos; in quibus hoc observatur, ut si heres fuerit adscitus, ut est in *L. verum, §. in heredem, mand.* vel ut est in *L. adeo, eod. tit.* si pars socii defuncti ad personam heredis eius adscripta sit; nihilominus 5 maneat societas & post mortem unius ex sociis: si modo non is sit mortuus, propter cuius operam maxime societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit: hoc in *d. L. adeo, d. L. verum, §. in heredem, D. mand.* Ius receptum inter publicanos, cum propter necessitatem societatis inter eos retinendæ; tum propter utilitatem publicam, quia sine his societatibus aut non facile ulli accessuri sint ad publica conducenda, aut cum accesserint, non facile publica tueri possint.

V. Est ergo, ut dixi, minus dubium, societatem unius socii morte ita solvi, ut solvatur eius heredi, quo ne in societatem succedat. Sed amplius dicimus, morte unius ita solvi societatem, ut solvatur tota, id est etiam cæteris sociis, qui forte plures superfint, etsi omnium consensu societas coita sit. *L. actione, §. morte, D. mand.* Sed cum unius morte ideo solvatur societas, quia is mortuus est; cur cum cæteri vivant, non saltem inter eos contraria de caussa retinetur societas? Quia socii plures sic inter se societatem coeunt, ut alii coeant propter alios, dum omnes singulorum fidem & industriam eligunt, res & facultates sequantur. Ut proinde vel unius opera & industria sublata in societate amplius manere nolint. Plane si ita societas contracta sit inter plures, ut uno mortuo nihilominus inter eos qui superfuerunt, maneat societas, nihil prohibet, quo-

3) *L. 35. h. t.* vid. Forst. *de Pact. 6. p.* 194. *& seq.* Heredes tamen posse constringi ut post mortem in societate ad certum tempus coita perseverent, Valasc. *d. Cons.* 63. *circa f.* Thoming. *Decis.* 13.

4) Alia ratio Cuiac. 10. *Obs.* 15. quia aut convenit ut cum filio meo vel fratre ex. gr. herede continuetur, & non valet, quia constringeret libertatem restandi. Aut cum herede indefinite, & irrita pactio, quia societas conferretur in incertam personam, Ergo per §. 5. *I. h. t.* Quando autem, censeatur ab herede continuata vel renovata *L.* 37. *h. t.* vid. Io. Gutierez. *de Iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 48. *n.* 2. *&* 3. Valasc. *To.* 1. *Cons.* 63. *n.* 8. *& seqq.*

5) Et ita hoc speciale, non ne morte omnino finiatur, sed ne tunc, quando ita convenrum est, Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 16. Valasc. *d. Cons.* 63. *n.* 5. vid. Cuiac. 10 *Obs.* 25. Baptista de Hieronymis *Cons.* 2. subiecto, *Fr.* Mozz. *de Societ.* Sic & exceptio traditur esse in fœderibus caussam publicam concernentibus. Alb. Gentil. *Lib. de iure belli Cap.* 22. Warem de Erenb. *Modi, tam pro fœderibus Lib.* 2. *Cap.* 2. *pag.* 195.

quominus inter vivos & consentientes rata sit conventio. *d. L. actione*, §. *morte*, *mand.*

VI. Mortem cum hic nominamus, etiam eos casus accipere debemus, qui iure civili morti comparantur: cuius generis sunt duo, servitus & deportatio. De servitute quidem ita traditur regula iuris, servitutem mortalitati comparari, *L. servitutem*, *D. de reg. iur.* De deportatis autem ita in *L.* 1. §. *penultim. D. de bon. pos. cont. tab.* deportatos mortuorum loco habendos. Scilicet quia & servi, & deportati tanquam omnino non sint, ita in numero civium Romanorum non habentur. §. *cum autem*, *Institut. quib. mod. ius pat. p. sol.* Faciamus igitur socium redactum in servitutem, quod quibus modis accidat, declaratur *Institut. de cap. demi.* in princip. aut damnatione deportatum in insulam. Intelligemus & his modis non aliter quam socii morte solutam esse societatem. Idque est quod dicitur in *L. verum*, §. *ult. D. pro soc.* in solvenda ex personis societate interire socios non tantum morte, sed & maxima aut media capitis deminutione. Nam & maxima capitis deminutio est, qua quis ex libero fit servus, ut simul & libertatem & civitatem amittat: & media, qua quis libertatem retinens deportatur in insulam, atque hoc modo libertate salva civitatem amittit, *Institut. de cap. dem. L. ult. D. eod. tit.* Quamquam sociis servis factis aut deportatis etiam alia ratione societas solvitur, eo scilicet quod & hi eodem casu bona amittunt: ut & hæc ipsa societatis ex illis caussis dissolutio non minus ad sequens genus pertineat.

VII. Ut a personis interitu unius ex sociis; sic a rebus amissione omnium bonorum unius ex sociis tota societas solvitur. Cum enim societas contrahatur bonorum in commune quærendorum caussa; non magis his sublatis locus esse societati potest, quam persona sublata. Neque hoc interest, quomodo socii bona amittantur: sed quæcumque hæc amissio est, eamdem solutionem efficit.

VIII. Amittuntur bona his modis; servitute, cessione bonorum, publicatione. Servitute, ut quisque ex libero fit servus; ut cum libertus ob ingratitudinem revocatur in servitutem, aut liber homo ad pretium participandum sese venundari passus est. *Institut. de cap. dem.* in prin. Sic enim transeunt omnia bona ad dominum: servus habere desinit, quia servus suum habere nihil potest, §. *item vobis*, *Inst. per quas pers.* Et hoc modo solvi societatem ex eo intelligimus, quod dicitur societas solvi maxima capitis deminutione, *d. L. verum*, §. *ult.* Nam ista in servitutem redactio ex hoc genere est. Cessione bonorum [6] amittuntur debitoris bona, cum cessione ab eo facta bona creditoribus distracta sunt. *L.* 3. *D. de cess. bo.* At tum etiam cessione societatem dirimi placet. §. *item si quis*, *Institut. de soc. L. actione*, in princip. *D. pro soc.* Ea autem dissolvendæ societatis ratio est, quam Modestinus egestatem vocat in *L.* 4. *D. eod.* ubi egestatem extremam intelligit, cum quis quia solvendo non erat, bonis suis cedere creditoribus coactus est. Publicatione amitti bona ipsum publicationis verbum satis indicat. Dicuntur enim publicari damnatorum bona, quæ damnatione in fiscum rediguntur, seu quæ damnato ablata vindicantur fisco. *L. actione*, §. *publicatione*, *D. pro soc.*, *L. ult.* in princ. & §. 1. *D. de bon. eor. qui ante sent. mor. sibi conf.* Appellatio hinc nata, quod quæ sunt fisci, ea sunt publica: Sunt enim in pecunia & patrimonio populi. *L. inter*, *D. de ver. sig. L.* 6. in pr. *D. de cont. empt.* ut proinde quæ rediguntur in fiscum, recte dicantur fieri publica, & uno verbo publicari. Quamobrem & [7] publicatione distrahi societatem placet. *d. L. actione*, §. *publicatione*, *pro soc.* Iam vero publicantur damnati bona ex his duabus caussis; si aut damnatione fiat servus, ut olim qui damnabantur in metallum, fiebantque servi pœnæ: aut deportatur in insulam. *L.* 1. *D. de bon. damn.* Atque harum damnationum ex priore contingit maxima capitis deminutio, ex posteriore media. Unde rursum factum est, ut quoniam his modis publicantur bona socii, & publicatione societatem distrahi constat, recte dicatur societas distrahi capitis deminutione maxima & media: quæ hanc publicationem irrogat. *d. L. verum*, §. *ult.* Non amittuntur bona capitis deminutione minima, puta si quis paterfamilias fit arrogatus. Sic enim bona eius transeunt ad patrem arrogatorem, ut non transeat usufructus, non peculium castrense aut quasi castrense. Sed & cætera ad patrem arrogatorem ita transeunt, ut magis ab

6) Vid. Benvenut. Straccha *Tract. de Decoctoribus P.* 3. *n.* 47. & *seq.*

7) Quod Vult. *in* §. 4. *L. h. t. n.* 7. intelligit de ea, quæ fine delicto fit, ex alia iusta caussa ut *L.* 15. §. 1. *de R. V.* quia quæ ex delicto ad prius genus pertinet.

ab eo conserventur, ac mortuo eo ad fiscum redeant. Multo minus amittit bona filiusfamilias emancipatione; qua potius consequitur acquirendi facultatem. Merito igitur placuit nec socii arrogatione, nec emancipatione societatem dirimi: quod diserte traditum est in *L. actione*, *§. societas*. *D. pro soc.* Itaque quod scriptum est in *L.* 4. *pro soc.* dissociari nos renuntiatione, morte, capitis deminutione, egestate; capitis deminutionem maximam, & mediam accipere debemus, ut expressum est in *L. verum*, *§. ultim. pro soc.* non autem minimam, quæ aperte reiicitur in *d. L. actione*, *§. societas*. Et si aliud [8] sensit is qui sub nomine Caii legitur *Lib.* 2. *Institut. titu. de oblig.* aut Harmenopulus *Lib.* 3. *titu.* 10. imperite ut alia multa scripserunt.

IX. Personis & rebus sociorum integris, distrahitur societas sola socii voluntate multoque magis omnium sociorum consensu, *d. L. verum*, *§. ult. pro soc.* Solvitur hoc modo societas & vetere voluntate, & nova. Veterem voluntatem voco, quæ ipsa societatis lege & pacto iam ab initio inclusa est consensu sociorum. Cuiusmodi societates duæ sunt; quæ ad certum tempus contracta est, & quæ certi negotii caussa. Societate ad tempus contracta, aperte dies adiicitur, ne post id tempus [9] sit societas. Quare & cum id tempus finitum erit, liberum erit recedere, ut est in *L. actione*, *§. item qui societatem*, *D. pro soc.* Liberum ideo, quia & ipso iure finita est societas ipso societatis consensu: nam & tutela ad tempus constituta, exacto eo tempore finitur, *§. sed si usque*, *Instit. quib. mod. tut. fini.* Scriptum quidem est in *L. obligationum fere*, in princ. *D. de obligat.* & *actionib.* obligationem ad tempus constitui non posse, quin & post tempus duret; etsi stipulator post tempus petendo exceptione pacti conventi, vel doli mali summoveri possit. Sed hoc de die stipulationi, & iudiciis stricti iuris adiecto dictum est. Alia caussa est contractuum bonæ fidei, ex quibus obligatione ad diem constituta etsi quis dixerit exceptionem tantum hic quoque post tempus nasci: tamen hoc ipso dicit debitorem ipso iure liberari: quia exceptiones ipso iure bonæ fidei iudiciis insunt: quod cum fit, ipso iure obligatio dissolvitur. *L.* 3. *D. de rescind. vend. arg. in L. qui decem*, in fin. princ. Sed & cum alicuius certæ rei societas contrahitur, perspicuum est extra id quod agitur, id est extra eam rem non contrahi. *arg. L. non omnis D. si cert. pet.* Ideo recte placet ipsa societatis lege societatem finiri, cum finis ei negotio impositus est. *L. actione §. item si alicuius*, *D. mand. §. item si alicuius*, *Inst. de soc.*

X. Novam voluntatem distrahendæ societatis voco, quæ societatem recte & simpliciter contractam sequitur. Etiam hac voluntate quanvis non omnium sociorum, sed unius dumtaxat, tota societas solvitur: idque & aperta & tacita voluntate.

XI. Aperta a societate discedendi voluntas est in socii renuntiatione, cum verbis aut scripto, aut per nuntium significat se renuntiare societati, aut quod idem valet se renuntiare sociis societatem. Hac renuntiatione ut [10] aperta voluntate maxime solvi societatem constat. *L. verum*, *§. ultim. D. pro soc. §. manet*, *Instit. de soc.* Ex quo intelligitur, hic quoque ut in mandato singulare ius esse solvendæ obligationis: ubi uni ius est renuntiare constitutæ obligationi invitis cæteris, contra regulas communes iuris de dissolvendis obligationibus. *L. sicut*, *C. de obligatio. & actionib. L.* 3. *C. de rescinden. vendit. L. ab emptione*, *D. de pact.*

XII. Sed & hoc admissum est in societate ex natura ipsius societatis, quasi hoc ipso quod societas est, agatur, ne quis in societate cogatur manere invitus: idque in hac specie multo iustius admissum, quam in mandato. Nam hic ut voluntate unius ex sociis discedere a societate liceat, duo faciunt societatis propria, eaque ipsa per se singula; coniunctio societatis, & mutuum officium societate quæsitum. Ipsa societas coniunctio est & summa; usque adeo, ut & putetur ius quodammodo fraternitatis in se habere. *L. verum*, in princip. *D. pro soc.* Proinde societati contraria omnia, quæ solent parere discordias. Atqui huiusmodi res est communio quam ab invito exigas. *L. cum pater*, *§. dulcissimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob caussam etiam recte visum est neminem cogendum ad communionem. *L. si non sortem*, *§. si centum*, *D. de cond.*

8) Non dissentit, quia tantum indefinite loquitur, pariter ac Modestinus *in dict. Leg* 4 §. 1. Cur emancipatio & arrogatio non dissocient, belle Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 14. & *seq.*

9) Quando autem post tempus renovata censeatur, tractat Menoch. 3. *Præsum.* 57.

10) Expedit autem hanc voluntatem publice denunciare aliquo proclamante vel edictis in locis publicis, ut in notitiam eorum veniat, qui cum sociorum altero contracturi animo omnes sibi socios obligandi, Fac. *L.* 11. §. 2. *de instit. act.* Gomez. 2. *Var. Resol.* 5. *n.* 6.

cond. indeb. Quare repugnat societatis naturæ, cogi quemquam in societate manere invitum, & eum socium, id est, tanquam alterum fratrem ex consensu habere, quem nolit. Unde dictum, neminem invitum socium effici debere ei, cui non vult. *L. actione, §. societas, pro soc.* Sed & societas omnis, si coniunctionem superiorem non haberet; tamen contrahitur inter socios officii & operæ mutuo communicandæ caussa ad quæstum uberiorem faciendum. Itaque omnis focius officium socio præstat, & a socio accipit. Si præstat, regula naturæ facit, ut possit liberalitatem revocare cum videtur, idque sine iniuria. *L. 2. D. de prec.* Si accipit: tanto magis potest repudiare; quoniam invito beneficium non datur. *L. invito, D. de regul. iur.* Bene igitur, & naturæ contractus ac sententiæ contrahentium convenienter constitutum est, ut a societate quoque vel unius ex sociis renuntiatione recedere liceat invitis cæteris: atque hoc remoto, una etiam tota societas dissolvatur. Adeoque id visum est ex natura esse societatis, ut quanvis convenerit ne a societate recedere liceret, nihilominus liceat contempta pactione, si nihil aliud sit impedimento. Hoc enim est, quod dicitur nullam in æternum societatis coitionem esse. *L. nulla, D. pro soc.* Nulla est ideo, quia nemo sociorum impeditur hac pactione, quominus a societate cum visum est discedatur. Ne quis hic obiiciat edictum de pactis, quo placet pacta servanda esse; valetque id ius maxime in bonæ fidei iudiciis. *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact. L. ex empto,* in princip. *D. de act. em.* Sic enim servanda sunt ex eo edicto, nisi sint contra leges. At superior pactio societati adiecta est contra naturam societatis, & fraternitatis eius, quam in societate quærimus. Proinde contra legem, quæ hanc societati formam dedit, aut a natura rei acceptam confirmavit. At enim Paulus qui scripsit nullam societatis in æternum coitionem esse in *d. L. nulla*, idem, ut refertur in *L. 1. D. eod. tit.* scribit societatem etiam in perpetuum coiri posse, ac non tantum ad tempus. Ubi cum perpetuum opponat rei tempore definitæ, satis declarat se perpetuum intelligere, non donec socii vivant, ut Accursius interpretatur, nam & hoc est ad tempus, sed quod sit sine ulla præfinitione temporis, & ut supra dixerat, æternum. Sed recte & hæc, nec minus consentanee inter se: verum diverso sensu. Atque hoc modo accipienda sunt. Societas in perpetuum coiri potest: nempe ut valeat, & tandiu perseveret, donec iustis modis dissolvatur. Eadem in æternum, seu in perpetuum coiri non potest; sic accipe, ut invitos socios necesse sit in ea manere. Licet enim & hac pactione reiecta a societate discedere.

XIII. Quævis renuntiatio societatis quantumvis insidiosa hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios [11] At non quævis renuntiantem liberat a sociis. Exigitur in renuntiatione, ut careat iniuria & dolo. Ideo in iusta renuntiatione hæ sunt conditiones; ut renuntietur præsenti societas, ut sine fraude, ut non intempestive. Contrariisque de caussis renuntiatio sic reiicitur, ut renuntianti noceat, socios liberet. Iam primum societatem præsenti renuntiari debere placet, ut possit rebus suis exinde consulere. Si absenti societas renuntiata sit quoad is scierit, quidquid adquisivit is qui renuntiavit: in commune redigi debet: detrimentum autem eius solius est, qui renuntiavit: quod autem absens adquisivit ad solum eum pertinet, detrimentum ab eo factum commune est. *L. sed & socius,* 17. *§. ult. pro. soc.* In eadem caussa est, quæ aut fraudulenta est, aut intempestiva renuntiatio. Fraudulenta renuntiatio est, si quis ex sociis ideo societati renuntiet, ut lucrum, quod alioqui obventurum erat societati, ad se solum transferat. Veluti, si cum uni ex sociis omnium bonorum delata esset hereditas, is nondum adita hereditate renuntiet societati: sic deinde adeat hereditatem, ut eam solus habeat: aut si inita inter nos societate ad aliquam rem emendam, solus postea volueris eam emere, ideoque renunties societati, ut solus emas. Placet huiusmodi renuntiationis pœnam hanc esse, quæ supra, ut qui renuntiavit, is in ea re, in qua lucrum captavit, liberet a se socios, non se a sociis liberet. Unde eveniat, ut si quod erit damnum ex illa hereditate, aut re empta, de qua dixi, ad eum solum, qui renuntiavit, pertineat: si quod lucrum, id sociis communicare debeat actione pro socio: hæc in *L. actione, §. diximus, & §. item si societatem, seq. D. pro soc. §. manet, Inst. de soc.*

11) Notabile: quæ socius renuncians post dolosam renunciationem acquirit, communicare cogitur. Contra quæ is lucri fecit, cui sic renunciatum est, non communicat. Et ita obligatio, initio mutua, fit μονομερής. Quin Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 13. hoc idem in renunciatione absenti facta, ex *dict. L.* 17. *§. ult.* indistincte servari vult, etsi caussam recedendi habeat renuncians. Nam si absens quid damni passus, id partietur cum eo, quem socium se habere putavit, cum si dissolutam societatem scivisset, forte id damni non incurrisset.

de soc. Cæterum extra eas res quarum lucrum socius captavit, soluta societas est, & si quid aliud lucri faciat postea, quod non captarit, ad ipsum solum pertinet. *Ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur*, d. §. *manet*, in fin. *Institut. de societ.* Intempestiva renuntiatio est, quæ societate ad tempus contracta, ante tempus interponitur. Et hæc renuntiatio nihilo magis, quam superior recepta est: placetque eamdem pœnam esse intempestivæ huius quæ & fraudulentæ: ut scilicet qui ante tempus renuntiavit, si quid compendii postea factum sit, eo liberet a se socios, & eius partem non ferat: at si dispendium, ipse teneatur sociis, ut præstet portionem: hoc in *d. L. actione*, §. *item qui societatem*. Et merito hic aliud placuit, quam in societate simpliciter contracta: quia ante tempus conventione præstitutum renuntiando, præterquam quod fit contra conventionem, etiam simul adimitur sociis utilitas temporis, quam illius temporis adiectione a sociis quæsitam esse apparet. Congruit autem bonæ fidei sic interponi renuntiationem, ne socius in re iam parta sociis noceat. *d. L. actione*, §. *Labeo*. Et tamen hactenus prohibetur socius in hac specie ante tempus renuntiare, nisi iusta caussa id facere suadeat. Iustæ caussæ partim ex persona vel socii, vel renuntiantis; partim ex re quæ in societate versatur. Ex persona socii, si ita iniuriosus sit aut damnosus, ut non expediat eum pati. Ex persona renuntiantis, si reipublicæ caussa diu & invitus sit abfuturus, nec possit per alium societatem administrare vel socio committere. Ex re, si aut conditio aliqua, qua societas erat coita, renuntianti non præstetur, vel illi ea re [12] frui non liceat, cuius gratia negotiatio suscepta est. Hæc ex *d. L. actione*, §. *item qui societatem*. Maxime autem ex *L. si convenerit*, 14. & 2. seqq. *pro soc.* Intempestiva & tunc renuntiatio est, cum societate ad res aliquas emptas distrahendas inita, unus renuntiet eo tempore, quo vendere eas res non expedit: eoque & renuntiatio simpliciter improbata. Facit enim & hic contra eam utilitatem, cuius caussa societatem contractam esse apparet, & rerum iam ante emptarum venditione omissa, aperte conditionem socii deteriorem facit. Ideo recte placet & hunc eo nomine teneri pro socio, quanti socii interest. *L. actione*, §. *Labeo*, *pro soc.*

XIV. Aperta voluntas si societatem dirimit renuntiatione, par est, ut idem efficiat tacita, undecunque id socium velle constabit, quoniam quomodo declaretur cuiusque voluntas, verbis, an re aliqua & facto, ad voluntatis significationem & approbationem nihil interest. *L.* 2. *L.* 4. *D. de pact. L. recusari*, *D. de acq. her. L. ult.* §. *ult. D. de divor.* Quod & in societate dissolvenda admissum est. Ergo & tacita sociorum voluntate non minus societas distrahitur, quæcumque facta sunt, quæ sine verbis voluntatem a societate discedendi arguunt. Quæ si in universum definire volumus, non male diximus ea esse, quæ sunt eiusmodi, ut vel his amittatur statim actio pro socio, vel eo spectent ut a communione discedatur; quæ duæ res societatis & sociorum propriæ. Huiusmodi facta tria notata esse a veteribus animadverto: certe a veteribus ea hoc loco dicta, ex quibus ea facta ab illis intellecta deprehendas: novata actio pro socio; iudicium pro socio ab uno ex sociis institutum adversus alios; & privata ac spontanea sociorum secessio.

XV. Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, solo hoc facto etiam in posterum societas solvitur: neque enim socius esse potest, qui actionem pro socio non habet: hæc autem novatione amittitur. Id significat Ulpianus cum dicit societatem etiam ab actione seu ab actionis interitu distrahi. *L. verum*, 63. §. *ult. D. pro soc.* Apertius Paulus cum ab actione distrahi societatem sic explicat in *L. actione*, 65. *eod.* ut dicat id fieri, *cum aut stipulatione, aut iudicio mutata est caussa societatis*. Mutatur caussa societatis, cum mutatur societatis obligatio & actio. Mutatur autem, cum transfertur in aliam obligationem, ut iam pro vetere socio alia obligatio esse incipiat. Atque hæc translatio nihil aliud est, quam novatio. *L.* 1. *D. de novat.* Fit autem hæc sive mutatio, sive novatio vel stipulatione, vel iudicio. Stipulatione, cum socius quod sibi debetur ex caussa societatis, stipulatur novandi animo vel ab uno ex sociis, vel etiam ab extraneo. *L.* 2. *D. de novat.* Iudicio, cum uno ex sociis agente, pro socio aliquis se liti obtulit socii nomine: quomodo debitorem statim liberari constat. *L. solutione*. *D. de sol.* Ac de his diximus satis suo loco in novatione. Ita in summa hoc illi dicunt, distrahi societatem etiam ab actione, cum actionis pro socio ab uno ex sociis novatio facta est. XVI.

12) Ut si tempore contractæ societatis probabilis spes lucri, dein supervenit metus damni probabilis, Valasc. To. 2. Cons. 182.

XVI. Iudicium pro ſocio inſtitutum ab uno ex ſociis adverſus alios hanc eamdem diſtractionem ſocietatis efficit, tantum ideo; quod hoc facto renuntiata ſocietas videtur. Hoc in *L. actione*, in pr. *pro ſoc.* Sed adiicitur eo loco, id fieri *hoc ipſo, quod iudicium ideo dictatum eſt, ut ſocietas diſtrahatur*. Nos autem intelligimus hoc ipſo quod iudicium *pro ſocio* dictatum eſt, videri dictatum ideo, ut ſocietas diſtrahatur, ut maxime nihil adiiciatur aliud. Idque ſatis indicat Paulus in *ead. L. actione*, *§. pen.* cum oſtendit in privatis ſocietatibus agi *pro ſocio* manente ſocietate non poſſe. Non enim ſignificat his verbis, ut [13] Accurſius ad eum locum, & ad *L. tamdiu*, *C. pro ſoc.* ſcribit, non naſci actionem pro ſocio, aut ea agi non poſſe, niſi finita ſocietate. Nominatur enim ubique actio pro ſocio: nominatur etiam interdum actio ſocietatis, ut *L. duo*, 71. *pro ſoc.* Quomodo, niſi cœpit actio adverſus eum, qui ſocius adhuc erat; niſi nata tunc eſt, cum adhuc maneret ſocietas? Sed dicitur ſocius ſocio teneri actione pro ſocio. *L. ſocius*, 72. *D. pro ſoc.* *§. ſocius*, *Inſtitutio. de ſoc.* Atqui finita ſocietate ſocii amplius non ſunt, qui fuerant. De quo plura ſcripſi ad *d. L. tamdiu*, *C. pro ſoc.* Sed hoc ſignificatur, non poſſe pro ſocio agi ita, ut maneat adhuc ſocietas: quoniam quæ tunc manebat, cum agi cœptum eſt, ſimul atque agi cœpit, voluntate & tacita renuntiatione diſtrahitur. Voluntas diſtrahendæ ſocietatis ex hoc facto manifeſta eſt: quoniam non alio ſpectat iudicium pro ſocio inſtitutum, niſi ut ab ea communione, quæ propria ſocietatis diſcedatur.

XVII. Sed hæc coniectura in privatis & voluntariis ſocietatibus ideo admiſſa eſt, & pro certa habetur, quia nulla eſt in his neceſſitas aut ratio pro ſocio agendi, niſi ut diſcedatur ab ea communione, quam dixi. Quod contra fit in ſocietatibus vectigalium: in quibus ſæpe neceſſe eſt agi pro ſocio manente ſocietate, ideſt quanvis maneat & duret poſtea ſocietas: ubi ſcilicet propter varios contractus nulli ex his inter quos de parte aliqua agitur, expedit recedere a ſocietate. Non videtur autem agere eo animo, ut diſtrahat ſocietatem, qui ideo agit, quia neceſſe habet, quanvis cupiat in reliquum ſocietatem manere. Ideo ceſſante ſuperiore coniectura voluntatis, placuit in his quanvis iudicio pro ſocio actum ſit cum publicanis ſociis, nihilominus adhuc manere ſocietatem in reliquum tempus, niſi quid apertius de animo diſtrahendæ ſocietatis proponatur: hæc ſententia *d. L. actione*, *§. penult. pro ſoc.*

XVIII. Privata ſeceſſio ſociorum in his quæ prius in commune gerebantur, diſſenſum ſociorum arguit, eoque & ſocietatem dirimit, cum ſeparatim agere cœperint, ut iam unuſquiſque vel unus ſibi negotietur. *L. itaque*, 64. *pro ſoc.*

XIX. Ergo, ut apparet, in his modis ſolvendæ ſocietatis voluntatem diſcedendi a ſocietate a cæteris modis, puta morte, & amiſſione bonorum diſtinguimus. Quod ita facimus dum rem totam ex ſuis partibus diſtinctius & apertius cognoſci volumus, & eam voluntatem, quæ per ſe ſola eſt ad dirimendam ſocietatem, ab ea quæ alias cauſſas priores habet, ut mortem & amiſſionem bonorum, volumus ſeparari. In quo & veterum tractationi in hac parte explicanda magis ſervimus. Alioqui ſi quis hæc conſideret, & excutiat ſubtilius, reperiet etiam ex his quæ diximus, dirimendæ ſocietatis naturalem rationem unam hanc eſſe, ſociorum ad diſtrahendam voluntatem. Hæc quidem ſpectatur præcipue & per ſe ſola in lege ſocietatis, item, in renuntiatione poſtea ſecuta tam tacita, quam expreſſa. Sed non minus & in morte ſociorum, itemque in amiſſione bonorum eadem voluntas eſt ad diſſolvendam ſocietatem licet obſcurior, & quæ ex prioribus illis cauſſis naſcatur, morte ſocii, aut bonorum amiſſione. Nam cum in ſocietate contrahenda unuſquiſque perſonam certam ſibi eligat, cum qua velit ſibi ſocietatem eſſe, & præterea eo faciat, ut earum rerum, quæ ſocius habet, communicatione ipſe uberiore lucro augeatur (nam niſi hoc ſperaret, ſuis rebus contentus eſſe poterat, nec neceſſe erat alium ſibi adiungere) ſit, ut mutata utraque hac ratione, vel altera dumtaxat, nemo in ſocietate diutius manere velit. Qua ratione poteſt intelligi, vere dictum eſſe in *L. tandiu*, *C. pro ſoc.* tandiu ſocietatem durare, quandiu conſenſus partium integer perſeverat: nec pugnare cum eo, quod dicimus etiam morte, & bonorum amiſſione ſine ullo aperto diſſenſu ſocietatem finiri. Nam & morte & bonorum amiſſione interveniente definit is conſenſus eſſe integer, qui prius fuerat, ac contraria voluntate ſocietas ſolvitur, ut oſtendi.

XX.

[13]) Petr. de Ubaldis *Tr. de Soc. P.* 11. *n.* 13. Actioni pro Socio univerſali locum non eſſe, ſcribit, durante ſocietate, ſi ea voluntaria & libera. Licet ſecus ſit in neceſſaria, ut ſocietate vectigalium.

XX. Cum autem dixerimus societatis genus esse nuptias, recte huc quoque referri posse videntur, si qui sint modi proprii harum dissolvendarum. Et sunt omnino dissimiles ab iis, quibus reliquæ societates dissolvuntur. Certi duo, mors alterutrius ex coniugibus, & divortium. Morti in hac re comparaverunt olim Romani, servitutem, & deportationem. Divortium admiserunt certa forma, & ex omnibus caussis, ut quidem dissolveretur matrimonium: non tamen ex omnibus impune. (*) *Verbum Dei inter viventes coniuges admittit solum ex fornicationis caussa*, aut si infidelis coniunx recedat a fidele, vel fidelem excedere coactum religionis caussa infidelis sequi nolit. Sed de his nihil habeo melius, quam quæ scripsit Duarenus in hanc partem sub titulo *de divortiis*. Beza in *Libro de repudiis & divortiis*: quorum prior quam brevissime, nihil ut deesset tamen complexus est ea quæ ex iure Civili & Pontificio huc pertinebant. (**) *Posterior omnia persecutus est copiosius, & ad normam verbi Dei luculenter*.

(*) Matrimonii vinculum etiam ex fornicationis causa indissolubile vivo utroque coniuge docet Evangelicæ atque apostolicæ doctrinæ fidissima custos atque interpres Catholica Ecclesia. Vid. *Concil. Trid. Sess.* 24. *Can* 7. Quin eamdem Orthodoxæ atque Evangelicæ doctrinæ veritatem exacta docendi methodo propugnant, & explicant luculentissime post Tridentinam Synodum Catholici omnes, iidemque summi nominis Theologi. Vid. præ ceteris Emin. Bellarm. *de Sacr. Matrim. Cap.* 17. *& seq.* & Honoratum Tournely *de Sacram. Matr. Quæst.* 5. *Art.* 2. *Concl.* 3.

(**) Bezæ ingenium, eruditio, iuris, & Verbi Dei peritia Donello probata satis illa quidem: sed minus ipsi compertam merito suspicamur. Floruerit per nos vir ille poesi, & amoenioribus literis. Philosophiam certe, atque iurisprudentiam vix a limine salutavit in Aurelianensi Gymnasio. Theologiam vero nullo Doctore acceptam Bezam exposuisse fœminis præsertim, quas elegans magistri vultus & sermo procax alliciebat, sed fœde corruptam & depravatam tradit Maimburgus *Lib.* 3 *Histor. Calvin.* qui & in eam rem testibus utitur quammultis.

C A P. XXV.

Quid proprium habeat ad liberationem duorum reorum obligatio.

Unus ex credendi reis si debitorem liberet iure, aut per exceptionem; alteri reo iure suo nocet. I.
Contrariis occurritur. II.
Illa debitoris liberatio perpetua est in solutione; talis & in aliis liberationibus, si duo credendi rei non sint socii III.
Unius ex iisdem reis petitione a ceteris correis liberatur debitor; & quomodo IV.
Si unus ex debendi reis a creditore ipso iure de ipsa re liberetur; alteri liberatio prodest. V.
Nisi huic aut mora sua, aut correi factum noceat; & quale utrumque. VII.
Secus si re ipsa, seu obligatione manente persona dumtaxat eximatur, & quatenus VI.
Uno ex reis promittendi per exceptionem liberato, alteri liberatio non proficit; & quare. VIII.
At promissor ab uno ex credendi reis pactione liberatus est contra alios tutus. Quæ differentiæ ratio. IX.
Interdum exceptio uni reo quæsita prodest alteri ad liberationem ex caussis tribus. X.
1. *Cum duo rei debendi vivunt in societate*. XI.
2. *Cum unus pro utroque pactus est a creditore ne petat*. XII.
3. *Cum unus ex reis de re ipsa iuravit nihil deberi. Cur aliud in pacto cum uno ex reis interposito*. XIII.
Petitio cum uno ex duobus promittendi reis instituta non liberat alterum. XIV.
Iavoleni locum in L. 2. D de duob. re. *aut superiori definitioni suffragari, aut aliter esse a Iustiniano emendatum*. XV.
Dicta de duobus promittendi reis ad omnes participes eiusdem obligationis pertinere; & quatenus. XVI.

I. Duorum quoque reorum obligatio suas quasdam proprias liberationes habet, remotas ab illis communibus de quibus diximus; sive agatur de duobus reis stipulandi, credendive, sive de duobus reis promittendi. In duobus reis stipulandi ius commune hoc dictare videbatur, ut cum promissor ambobus solidum debeat, deberet etiam ad liberationem ambobus solvere aut satisfacere. Nunc autem proprium hoc genus liberationis servatur inter istos, ut quoniam in utriusque per-

persona una & eadem versatur obligatio, ideo debitore ab uno ex reis stipulandi liberato, liberetur ab altero etiam invito, quanvis nihil ei præstiterit, nihil cum eo egerit. [1] §. *penult Inst. de duob reis*, *L.* 2. *L.* 3. §. *ult. D. eod.* Neque hic quidquam interest, quomodo debitor ab uno liberetur: utrum ipso iure, an vero per exceptionem. Illud constat quem unus ex pluribus reis credendi liberavit ipso iure, eum a cæteris correis liberari; non tantum si liberanti solvitur; de quo nulla est dubitatio, quando hic vere præstatur quod debetur, & res utiliter geritur ab accipiente: sed etiam si visum est ei nihil accipere, atque adeo rem perdere, vel obligationem novando, vel quod debetur, donationis caussa acceptum ferendo. *L.* 2. *D. de duo. reis*, *L. si rem*, §. 1. *D. de novat. L. si per*, 13. §. *ult. D. de accept.* At hoc dicimus amplius, etsi quo facto unus ex reis stipulandi promissorem liberaverit tantum per exceptionem, nihilominus debitorem eadem exceptione adversus alterum reum stipulandi tutum futurum. Ut, si unus ex reis non sociis pactus sit, ne a promissore peteret; etiam alteri reo exceptio pacti conventi [2] obstabit. *L. si unus*, in pr. *D. de pact.* Et iusiurandum ab uno delatum sic nocebit alteri, ut iurisiurandi exceptio adversus deferentem parta, etiam alterum excludat. *L. in duobus*, in pr. *D. de iur.* Quo argumento idem in cæteris exceptionibus probare debebimus. Finge uno ex reis agente promissorem esse absolutum, & alterum reum iterum agere, etiam adversus hunc exceptione rei iudicatæ debitor recte utetur. Ita fit, ut his omnibus modis unus ex reis debitorem liberando aperte alteri reo iure suo noceat.

II. Neque tamen ideo contrarium putemus, quod traditur neminem facere posse conditionem alterius deteriorem. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Hoc enim de eo dictum est, qui conditionem alterius recta & principaliter attingat, eamque deteriorem facere conetur, quod nulli facere concessum est. Quod si quis principaliter attingat suam; nihil prohibet quominus de ea statuat, ut velit, eamque ut velit deteriorem faciat. *L. pactum*, *D. de pact.* Nec ea re impeditur, quod forte eius rei damnum etiam redundet ad alios. Semper enim cum quæritur, an quod fit, valeat, necne, spectare debemus in eo id quod principaliter fit, non quod per consequentiam: ut siquidem quod fit principaliter, per se non valet; neque hoc valeat, neque ea quæ inde sequuntur. Sin per se solum valere potuit, ita valeat, ut quanvis ea sequantur, quæ per se facta non valuissent, nihilominus & hæc rata sint, eodemque iure defendantur. *L.* 1. *D. de auct. tut. L. in modicis*, *D. de cont. emp.* Atqui cum unus ex duobus reis stipulandi promissorem aliquo facto suo liberat, si spectamus quod facit principaliter, tractat [3] rem & conditionem suam, eamque deteriorem facit, non alienam. Tollit enim suam obligationem: quod faceret etsi eam cum alio communem non haberet. Hac sublata evenit quidem, ut alteri quoque stipulandi reo obligatio quæ una & eadem erat, tollatur. Sed fit hoc per consequentiam eius, quod ante principaliter recte gestum erat. Proinde & hoc posterius valebit: ne incipiat dici, non accessionem ex principali caussa, sed caussam principalem ex accessione stare aut everti, contra omnem naturæ & iuris ordinem. *arg. in L. cum principalis*, *D.* de

1) Si modo ambo utiliter stipulati sint. Nam si alter inutil[illegible]r, ei solutio facta non liberat *L. si duo* 18. *de* [illegible] o.

2) Diss. Cuiac. *ad d. L.* 27. *pr.* volens pactum unius rei stipulandi a[illegible] non nocere, sive socii sint, sive non. Nec quia [illegible] p[illegible]e & ac[illegible]e potest unus reus, [illegible] & posse de [illegible] pacisci, cum nec a solutione ad [illegible]ationem semper efficax sit argumentum nedum ad pa[illegible], quod vicem solutionis non obtinet. Distinctionis, an socii sint, usum solum esse in dolo *L.* 5. *si qui caut.* & compromisso *L.* 34. *de rec. arb.* Atqui vocula [illegible] si non [illegible] [illegible] *d. L.* 2[illegible] *pr.* plane hanc d[illegible]ctione in præsenti [illegible]obat, nec [illegible]umentum a solutione ad pactum, quod quandoq[illegible] [illegible], sed ex ve[illegible] *d. L.* 2[illegible]. ei infertur. Et [illegible] *d. L.* locus est h[illegible] d[illegible] [illegible] converso modo [illegible] enim dolus & compr[illegible] unius rei stipulandi, ita nocet alteri, si illi socius [illegible] contra pactum unius [illegible] nisi [illegible] so[illegible]. Q[illegible] cautum [illegible] Fabro, [illegible] que ut in *d. L.* [illegible] *princ.* [illegible] *in rationali* [illegible] *not.* [illegible] noc[illegible] pactum [illegible], si [illegible] socii, (quod [illegible] [illegible] [illegible] per *d.* [illegible] 34 [illegible] non [illegible] [illegible], quia quia co[illegible] [illegible] pactum [illegible] rei

promittendi [illegible] altori, si sint socii *L.* 25. *princ. de pact.* [illegible] pactum [illegible] [illegible] eandem [illegible] alteri [illegible] acceptilationis *d. L.* 13. §. *ult.* & [illegible] *d. L.* 18 quia utrobique imaginaria solutio *L.* 2[illegible] *de iur.* [illegible] non item in pacto. Sed nec hanc sententia sine [illegible] aut corruptione textus obtin[illegible] potest, & contrariæ firmum fundamentum in *d. L.* 62. [illegible] *ad L. Falc.* [illegible] tamen, quod ratione *d. L.* 62. [illegible] quens [illegible] noceat socio, etiam pro parte, quæ pac[illegible] tem contin[illegible], Cunnan. 6 *Comm.* 9. [illegible] 13. [illegible] ut correo [illegible] qui pactus non est, non in solidum, sed pro parte [illegible] superfit quod & nostre hic [illegible] [illegible] de [illegible]. Nam *d. L.* 34. ratio alia [illegible] Pa[illegible] endo male se geri [illegible] ac profundit [illegible] Compr[illegible] do [illegible] in [illegible] communibus [illegible] te [illegible] po[illegible]deat, [illegible] 3. [illegible] 18 Acce[illegible] compromissum ad [illegible]udinem iudic[illegible] [illegible] *de rec. arb.* At ex *d. L.* 3[illegible]. mala illatio & q[illegible] ibi pe[illegible] [illegible] omn[illegible], & quia non eodem modo [illegible] alter[illegible] nocere, uti [illegible] potest *L.* 3[illegible] *de neg. gest.* [illegible]

3) Ita & noster [illegible] *tit. Cod. de duob. reis* Cap. 5. n. 3 quia liberando de[illegible] orem de suo [illegible] alter [illegible] stipulationem, [illegible] *de* [illegible] & P. Fab. *ad Leg.* [illegible] §. *de R. I.*

de reg. iur. §. *fideiussores*, *Inst. de fid.*

III. Sed quod dicitur debitore ab uno ex reis stipulandi liberato etiam adversus alterum correum liberationem contingere, in solutione perpetuum est, sive rei stipulandi socii non sint, sive sint. In ceteris liberationibus ita temperandum est, si modo rei stipulandi non sint socii. Quod si socii fuerunt, in hoc consenserunt veteres, uni quidem recte solvi, ut contingat liberatio in solidum: unum autem nec paciscendo cum debitore, nec obligationem novando alteri nocere. Hoc in *L. si unus*, in pr. *D. de pact.* Et recte: nam duo rei stipulandi socii in ea caussa habentur, ut perinde in ea re dividi debeat inter eos obligatio, ac si singuli partem pecuniæ stipulati essent, ut est in *L. in lege*, 62. *D. ad leg. Falc.* Ea res facit, ut nihil amplius remittere possint singuli, quam quod suum est, id est partem quam in societate obtinent.

IV. Non solum in liberatione unius ex reis stipulandi singulare hoc ius est, & proprium huius obligationis, quod diximus, ut eo facto in solidum liberetur debitor etiam adversus alterum: sed etiam quod magis dubites, valet idem in unius ex reis stipulandi petitione, cum de eo quod debetur, cum 4) debitore iudicio agi cœperit: de quo ita scriptum est in *L.* 2. *D. de duob. reis.* etiam unius petitione totam solvi obligationem. Ubi totam obligationem intelligere debemus priorem: hæc enim sublata est, manente interim nova obligatione iudicati, quæ iudicio contracta est: in quam & prior transfusa est novatione pro commodo petitoris. Est enim superioris definitionis is sensus, qui alibi aliis verbis indicatur: nempe unum ex duobus stipulandi reis iudicio petentem totam rem in litem deducere. *L. si rem*, §. 1. *D. de novat.* Item, unum ex duobus reis credendi agendo occupare, & totum consequi. *L. fideicommissa*, 11. §. *plerumque*. *D. de leg.* 3. Inde illud dictum, ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, promissorem alteri offerendo pecuniam, nihil agere. *L. ex duobus*, 16. *D. de duob. reis.* Consequens prioribus, eo quod si petitione unius etiam alterius obligatio sublata est, nihil amplius alteri debetur: cui autem nihil debetur, ei nec solvi potest, ut creditori invito noceatur. *L. invito*, *C. de sol.* Unde ergo hoc genus liberationis, ut sola petitione unius ex reis credendi liberetur promissor a ceteris, qui his neque solverit, neque satisfecerit: præsertim cum sæpe hoc usurpatum legamus a veteribus, non petitione quemquam sed solutione & perceptione liberari? *L.* 1. §. *si apud*, *D. dep. L.* 4. *D. de his qui dei. vel eff.* Et novationis iure contingit hæc liberatio: habet enim petitio unius ex reis stipulandi novationem necessariam pro commodo petitoris, quo actio vetus tota ad eum transferatur: de quo genere vide, quæ scripsimus *in novationibus*.

V. In duobus quoque reis promittendi similis quædam liberatio est: veruntamen non per omnia. Est, quod intersit & in genere liberationis, quo unus ex reis promittendi a creditore liberatur, & in creditoris petitione. Uno ex reis promittendi a creditore liberato non continuo liberatur alter, sed ut est genus liberationis. Refert, ipso iure liberetur unus, an per exceptionem. Si ipso iure; dum ita, ut res ipsa soluta sit, nec quidquam obstet correis, tota solvitur obligatio, atque hoc modo ceteri qui nihil ipsi fecerunt, præstiterunt, etiam ignorantes & inviti liberantur: neque intererit, solutione unus liberatus sit, quo casu vere creditor suum consequitur: *L.* 3. in fin. *D. de duob. reis.* An vero novatione cum creditore interposita, aut acceptilatione. *L.* 2. *D. eod. L. si ex pluribus* in prin. *D. de accept.*

VI. Sane hoc exigimus, ut sic unus liberetur, ut solvatur res ipsa, non autem liberetur tantum persona manente obligatione. Nam hoc si fit, magis eximitur persona obligationi, quam obligatio tollitur: qua de caussa & uno ita liberato, tanquam non vere liberato, alterum manere obligatum placet. *L. ult. D. de duob. reis.* Sic autem eximitur persona obligationi, si aut deportatus sit in insulam unus ex reis debendi; *d. L. ult.* aut creditor uni ex duobus reis heres exstiterit. *L. Granius*, *D. de fid.* de quo genere confusionis suo loco diximus.

VII. Sed etsi liberatus sit unus vere manente persona, & nihilominus sublata obligatione; tamen est interdum, quod obiici possit alteri reo, cur non liberetur. Id accidit re promissa perempta cum unus moram non fecisset, alter fecisset. Nam qui non fecit moram nec rem peremit, interitu rei, debitæ liberatur. *L. si ex legati*, *D. de verb. obl.* Qui fecit, hunc factum suum liberari prohibet, & regulæ

4) Idem esse, si alteri soluturum se debitor constituerit, vult Briss. *Lib.* 1. *de Solut. pag.* 305. per *Leg.* 8. *de const. pec.* quæ cum de adiecto potius, quam correo loquatur, hoc vix satis apte probat.

iuris notæ, quibus efficitur, moram suam unicuique nocere debere: &, moram perpetuare obligationem. *L. in condemnatione, §. unicuique. D. de reg. iur. L. si servum, §. sequitur, D. de verb. obl.* Ergo prioris liberatio alterum non liberat; & merito, quia prior nihil deliquit; posterior deliquit; quod factum impunitum esse non debet: *L. hominem, D. mand.* nec e converso posterioris obligatio alterum retinet in obligatione; ac merito id quoque, quia unius factum eoque & mora alteri nocere non debet. *L. mora, §. ult. D. de usur. L. solvendo, D. de neg. gest.* Non debet, sic accipe, ubi sine facto unius futurum esset, ut alter liberaretur, ut in specie proposita. Cæterum si unus servum promissum occidat, nocebit id factum etiam alteri, ut & is re perempta teneatur non minus, quam qui occidit: quia absque hoc facto foret ut neque is qui occidit, neque correus eius liberaretur. Et ut factum unius non debet nocere alteri: ita certe ad liberationem prodesse non debet. Ac de hoc genere facti 5 accipi convenit, quod definitur in *I. pen. D.* de duob. reis, *ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Nam id demum vere factum dicitur, quod ita fit, ut sit in faciendo. Mora eiusmodi factum non est, quæ cum admittatur in non solvendo, in omittendo & non faciendo est potius, quam in faciendo. Sunt ergo hæc, quæ uno ex reis promittendi quanvis ipso iure liberato obstent alteri, quominus eodem facto liberetur; non plena liberatio unius, & correi mora in re debita citra moram alterius perempta. At demus iustam liberationem unius, demus correum cui nihil obstet delictum suum ad liberationem: ius certum est uno ex reis debendi ipso iure liberato alterum quoque liberari: idque ita statui necesse est. Huiusmodi enim liberatione sublata est obligatio, qua prior reus tenebatur. At hæc in persona correi non diversa, sed una & eadem obligatio fuit. Quare & hæc in alterius persona sublata sit, necesse est.

VIII. Non eadem caussa est, si unus ex reis promittendi liberatus sit a creditore tantum per exceptionem. Hac exceptione tutus erit is, cui primum quæsita est; alteri correo nisi ex caussa non proderit. Finge creditorem cum uno ex reis pactum esse ne peteret. Alter reus si conveniatur, a creditore, exceptione pacti conventi non utetur: quia ut ei prosit id pactum, pacifcentis nihil interest: neque porro pactum cum uno aliquo interpositum alia conditione alteri prodesse potest. *L. & heredi, §. ult. L. fideiussoris, §. 1. D. de pact.* Nec potest ideo, quia per liberam personam quæ nostro iuri subiecta non est, nobis quidquam civiliter acquiri non potest. *L. 1. C. per quas pers. L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Idem dicemus, si unus ex reis iudicio conventus absolutus sit: dabitur hic exceptio rei iudicatæ ei qui absolutus est: cæteris correis non dabitur. *L. amissi, §. ult. D. de fid.*

IX. Atqui promissore ab uno ex reis stipulandi pactione liberato, diximus ei prodesse exceptionem adversus cæteros reos etiam qui nihil pacti sint. Cur non æque uno ex reis promittendi pactione liberato prosit aliis reis adversus eumdem creditorem? Differentiæ ratio est, quod cum unus ex reis stipulandi promissorem exceptione liberat, unus est tantum promissor, qui sibi exceptionem acquirens de ea aliis acquirenda non laborat. Sibi quisque acquirere potest, quod sua interest: eoque & exceptionem: quæsitam suo iure adversus eiusdem actionis reos recte retinet. At cum unus ex reis promittendi exceptione liberatur, si alterum eodem iure liberari volumus, nempe hoc volumus per priorem alteri correo exceptionem acquiri: hoc vero ius non concedit ob eamdem regulam, quam supra dixi, Per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non sit, nobis excepta possessione acquiri nihil posse. *d. L. 1. C. per quas pers.*

X. Interdum tamen exceptio uni ex reis promittendi quæsita etiam alteri reo prodest ad liberationem, quod ex caussa concedi solet, iustæ in eo caussæ tres.

XI. Una, si rei debendi sint socii. In his quod pactum cum uno interpositum erit, ne petatur, etiam alteri correo ad exceptionem proderit. *L. sed si, 24.* iuncta, 6 *L. idem, seq. D. de pact.* Ductum ex ea regula, qua veteres ita definiunt, pacta in rem facta omnibus prodesse, quorum obligationem dissolutam esse, eius qui paci-

5) Vid. Donell. *ad hunc tit. Cod. Cap.* 9. Nec dicendum *dict. Leg. penult.* loqui de duobus reis sociis, ut Accursius & Bartolus, quod reprobant Ræv. & P. Fab. *ad dict. Lect.* 173. §. 2. *d. R. I.*

6) Ita & accipit *d. L.* 25. Ant Faber *ibidem* ut vocula *sociis* & ad argentarios & ad correos referatur. Nam si non socii fuerint, nihil interest pacifcentis, quia correus non habiturus adversus eum regressum, si solvere ipse deinde coactus. Cui nec alias si totum solvit mandati, negotiorum gestorum, aliamve actionem contra correum competere, etsi is solverit, ad quem nihil ex pecunia pervenerit, conatus contra DD. plurimis adstruere A. Fab. 11. *Coniect.* 6. *& seqq.* Quod durum haud dubie & iniquum, sed examinare hic non vacat, vid. Tessaur. *Decis.* 191.

pacifcebatur interfuit: vel aliis verbis, pacta cum alio facta tum demum prodesse alii, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est, proficit. *L. & heredi*, §. *ult. L. fideiussoris*. §. 1. *D. de pact.* Interest namque socii paciscentis, ne ab altero socio petatur, eoque & exceptio alteri socio data ei qui pactus est, proficit: quia si ab altero petitur, is qui pactus est, inquietatur, atque adeo ab ipso peti videtur propter communionem & coniunctionem societatis: quæ & ratio superioris sententiæ confirmandæ nominatim reddita est in *L.* 3. *§. nunc de effectu*, *D. de lib. leg.*

XII. Altera caussa est in duobus reis non sociis, si unus pacifcatur, ne a se, neve a correo petatur. Hic placet quamvis hoc facto alteri reo exceptio quæri non possit vetante regula iuris: tamen iniquum esse creditorem contra conventionem suam in eadem re & eadem obligatione ab altero reo quidquam petere. Idcirco si alteri exceptio pacti acquiri non potest, at saltem exceptionem doli ei profuturam. Hoc in conventione fideiussoris admissum est, cum in communi obligatione rei principalis & sua paciscitur a creditore, ne ille a se, neve a reo petat. *L. idem*, 25. §. 1. *L. videlicet*, *seq. D. de pact.* Multo igitur magis admittendum in pacto unius ex reis debendi, qui paciscatur ne a se petatur, neve a correo: quia ad reum debendi proprie & principaliter obligatio pertinet, de qua paciscitur: non item ad fideiussorem, qui tantum accessio est eius obligationis.

XIII. Tertia caussa est, si unus ex reis debendi deferente creditore iuraverit de re ipsa nihil deberi. Hoc iusiurandum placet alteri quoque reo prodesse ad exceptionem: addita hac ratione, quod iusiurandum cum loco solutionis cedat, hic quoque eodem loco sit habendum. *L. in duobus*, 28. §. 1. *§. ex duobus*, *L. iusiurandum etiam*, 27. *D. de iur.* Recte. Nam unius ex reis solutione alterum liberari constat. *L.* 3. in fin. *D. de duo. reis*. Atque ex hac ratione satis intelligitur, cur non idem placeat in pacto cum uno ex reis interposito. Non enim pactum ut iusiurandum solutionis loco cedit: & merito: quia dum pacto liberatur debitor, nihil præstat creditori, sed ab eo accipit. In iureiurando, ut conventione tacita id agitur, ne creditor post iusiurandum petat, ita & pro eo debitor præstat ei iusiurandum: qua præstatione tanquam aliud pro alio solvendo ei satisfacit: ac satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio*, *D. de sol.* Comparatur quidem pacti liberatio solutioni. In *L. si unus*, § *si cum decem*, *D. de pact.* Sed hoc in uno promissore quem solum liberatum volumus. Nunc de eo agitur, an etiam huius pacti exceptio alteri acquiratur: hoc vero ius non patitur.

XIV. Quod ad petitionem attinet, qua creditor cum uno ex duobus reis promittendi agit, sententia est iuris certi, ea petitione alterum non liberari. Non enim petitione aiunt veteres, & electione, sed solutione & perceptione debitor liberatur. *L.* 1. §. *si apud duos*, *D. depo. L. si ut certo*, 5. in fin. *D. com. L.* 4. *D. de his qui dei. vel effud.* Quidni vero ita dicamus? Nam ne is quidem liberatur, cum quo agitur; qui iudicio obstringitur magis inducta nova obligatione iudicati? *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Quod si is non liberatur, plus quam absurdum sit dici ex eius persona liberari alterum. De qua sententia si antea dubitatum esset, ut credibile est dubitatum esse aliquando, ut significatur in *L. decem*, *D. de verb. sign.* sententia diserte confirmata est constitutione Iustiniani in *L. ult. C. de fid.* Cui iam consequens est illud, quod & certis locis traditum est, si cum uno ex reis creditor agere cœperit, non prohiberi eum quod ab eo consecutus non fuerit, ab altero 7 petere, cum velit, *L. si*

7) Et ita correis debendi quem velit convenire licet creditori. Quod iure veteri expeditius, tametsi Bartolus & alii velint, si ad unum solum pecunia pervenerit, alterum pro fideiussore habendum, & excussionis exceptione uti posse, Hippol. de Marsil. *de Fidei*, *n.* 63. quod refellit A. Fab. 11. *Coniect.* 1. aliud & Donellus noster *ad h. t. C. C.* 6. *n.* 3. Hæc enim Lex est obligationis, nec curiosus esse debuit creditor, cuius utilitati pecunia accepta cedat. Quare nec aliud si duo rei socii. Nam quod inter eas divisa dicitur obligatio *L.* 62. §. 1. *ad L. Falc.* in re subiecta recte dicitur, creditori autem id nocere nequit, Donell. *d. C* 6. *n.* 2. Iure novo vero volunt DD. in solidum conveniri non posse, sed pro parte nisi alter inops vel absens *auth. Hoc ita C. h. t.* sed illi beneficio divisionis renunciari posse, Gomez. 2. *Resol.* 12. *n.* 1. Contra Donell. *ad h. t. C. Cap.* 13. non de duobus reis simpliciter, aut quibusvis ubi uterque principalis, agi *Nov.* 99. unde *d. auth.* desumpta, sed qui vice mutua inter se fideiussores accepti *ἀλληλεγγύων*, ut est *tit. d. Nov.* 99. Et ita in vulgata quoque versione *d. Nov. Cap.* 1 initio. *Si quis alterna fideiussione obligatos*, &c. Alias etsi inter se egerint, ut alter sit principalis, alter fideiussor, pactionem hanc debitorum creditori fraudi esse non posse *L.* 25. *Cod. de pact.* Mentem hanc Imperitorum apparere tum ex *pr. d. Nov.* qua se refert ad constitutionem ante editam de fideiussoribus *Nov.* 4. cuius hanc appendicem esse voluerit. Cum enim illa ordinis beneficium fideiussori tribuatur, dubium ortum in specie mutuorum fideiussorum, ubi principalis reus pro fideiussore suo rursus fideiussit, quid habendum. Iustinianus sanxit, cum nulla sit ratio prius alterum conveniendi, ordinis exceptioni locum non esse, sed utrumque simul conveniri posse. Verum non in solidum, sed pro parte. Et quidem si non convenit, ut in solidum teneantur, indistincte etsi correus idoneus vel absit, quasi divisa inter eos ab initio obligatione. Cum licet verbis singuli solidum promiserint, mutua tamen fide alio declaret rem in commune

L. si ex toto, 8. §. 1. *D. de leg.* 1. *L. reos*, *C. de fid.* Denique petitio hæc de qua loquimur, litis contestatio est. Non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed plerumque melior: ad hoc enim iudicium comparatum est. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. iur.* Atqui ante litem contestatam eodem modo obligati, ut ante, aut si fieri potest arctius; saltem is, cum quo actum est.

XV. Cur ergo hic laboramus? Nihil nunc necesse esset, & maxime post superiorem constitutionem Iustiniani, nisi quædam viderentur obstare, quorum explicatio non statim omnibus expedita est: quæ breviter diluemus. Hæc autem sunt in summa. Prius diximus, si unus ex reis stipulandi egerit cum promissore, totam priorem obligationem solvi etiam adversus alterum reum stipulandi: neque id alia de caussa, quam quod ea petitio novationem habeat? Tum autem in *L.* 2. *D. de duob. reis*, diserte hoc ipsum exprimi videtur. Sic enim verba sunt, ut Iavolenus de duobus reis tam promittendi quam stipulandi loquens, una & eadem oratione dicat, ipso iure & singulis in solidum deberi, & singulos debere, ideoque petitione, acceptilationeque unius totam solvi obligationem. De quibus sic paucis habendum est. Petitio creditoris novationem habet, eoque & ea petitione prior obligatio solvitur; sed cum agenti expedit, quod fit cum sunt duo stipulandi rei: & agentis interest totam actionem petitione in eum transferri. Nequaquam autem tunc petitio eam novationem inducit, cum nocitura esset agenti novatio. Id quod futurum esset, si petitione cum uno ex reis promittendi instituta tolleretur adversus alterutrum ex reis obligatio: de quo satis dictum est in novatione. Quod autem dicitur in *L.* 2. *de duo. reis*, petitione unius totam solvi obligationem, petitionem unius accipere debemus, non eam qua cum uno ex reis promittendi agitur, sed eam qua unus ex reis stipulandi cum promissore agit. Non quod si verbum petitionis in superiore oratione tam passive, quam active accipi posset, non utroque modo deberet in ea definitione accipi, cum definitio tam de actoribus, quam de iis cum quibus agitur, concepta sit: sed quod petitio unius non de alio dici possit salva proprietate latini sermonis, quam de eo qui petit. Si quis est enim, cum quo agitur, non eius petitio, sed ab eo petitio esse dicitur. Et ita loquitur Pomponius in *L. viæ*, *D.* de ser. *Si stipulator viæ*, inquit, *decesserit pluribus heredibus relictis*, *singuli solidam viam petent*: *& si promissor decesserit pluribus heredibus relictis*, *a singulis heredibus solida petitio est*. Quod si quis præfracte tueri volet verbum petitionis illic promiscue usurpari, pertinereque tam ad reum quam actorem; non contendam: sed huic respondendum erit, constitutione Iustiniani [8] emendatam in hac re Iavoleni sententiam.

XVI. Quod de duobus reis promittendi, debendive diximus, probandum est in omnibus qui sunt participes eiusdem obligationis. *L. si ex pluribus*, in pr. *D. de accept.* ut in pluribus, qui ob tutelam aut non administratam, aut male administratam communis culpæ nomine in solidum tenentur. Nam & in his uno de re tota liberato, placet alterum eo nomine liberari. *L. si pupillus*, *D. de adm. tut.* Verum ita, si unus liberatus sit plane, id est ipso iure, ut solutione, novatione, acceptilatione. Quod si pupillus post pubertatem cum uno transegerit tantum pacto, placet transactionem nihil prodesse alteri, similiter ut in duobus reis fieri

ne ad utramque pertinuisse, eosque se ut in re communi obligasse, proinde partes viriles deberi, nec vere duos reos fieri per *L.* 11. *in fin. hoc tit.* Sin pactum speciale, quemque teneri in solidum, ne tunc quidem solidi exactionem ab uno permitti, nisi alter inidoneus vel absit. Ut nec eadem ratio habeatur ac si uterque reus simpliciter, nec ac si unus reus, alter fideiussor; sed quia uterque & reus & fideiussor, res eo deducatur ut conveniatur pro parte, quod eius citra fraudem creditorum fieri potest. Et ita ex parte quisque in effectu fruitur beneficio fideiussoris, *d. Nov.* 4. tributo. Ita noster *d. C.* 13. *n.* 2. *&* 4. *seqq.* Expedite, ut videtur, & feliciter. Et de aliis correis ius vetus Iustinianum non mutasse, Hopper. *Lib.* 2. *αὐθεντ.* *pag.* 60. Quantumvis refragetur A Fab. 11. *Con.* 4 quod Gr. passim ἀλληλέγγυοι, qui Correi debendi; sed locos non profert Faber: profert sane quosdam Gœddeus idem pene sentiens *de Contr. stip. Cap.* 5 *n.* 160. sed quos non operosum videtur eludere, nam & compositio ac analogia similia resistunt) quod *dict. Nov.* 99. *Cap.* 1. §. 1. dicatur: *Sic omnes rei obligabuntur*. (Sed intellige scilicet de quibus præsens disponit constitutio, alias ad quoscunque indistincte debitores hoc referendum foret, quod nemo admittet, nec enim dicit Imperator *omnes correi*.) Quod denique frustra iuris ratio quæratur in iis, quæ dissentanea Iustinianus Iurisconsultorum sententiis constituit. Unde etsi DD. vulgo non in modo constitutionis, sed exsecutionis ac exactionis *d. Nov.* 99. quid innovasse putent, ipse tamen & in hoc correctum ius vetus, quod non uti antea sufficiat correos simpliciter accipi ut solidum quisque debeat, sed si non caveatur ut in solidum singuli teneantur, etiam ab initio non nisi partes eos debere, &c. Minus probanda eorum opinio, qui, correos simpliciter acceptos & ita omni casu vice mutua fideiussores esse, voluerunt, decepti *L.* 11. *pr hoc tit.* ut & Connan 6. *Com.* 5. *n.* 16. Quin imo nunquam id admittendum, nisi nominatim actum sit, vid. Donell. noster *ad hoc tit. Cod.* C. 11. Anton. Fab. pluribus id satis exacte firmans 11. *Coniect.* 2. ubi & mediam Cuiacii opinionem 4. *Afr. in L.* 7. §. *ult. ad Vellei.* quod non quidem fideiubere, sed intercedere tamen mutuo, videantur, convellit.

8) Ita & Donell. noster *ad L.* 23. *Cod. de fidei n.* 2. *&* *ad h. tit. Cod.* C. 8. *n.* 5. Cuir. 1. *Coniect. ad Viv.* 8. aut *d. L.* 2. aboleri per *L. ult. Cod. de fideI.* aut petitionis verbum ad effectum perceptionis trahendum per *L.* 4. *de his qui deiec.* & Pac. 4. Q. 78. petitionem cum effectu accipit, si scilicet exactum etiam fuerit. Sed melius noster.

fieri diximus. *L. si ex duobus, D. de tut. & rat. dist. L. 1. C. de transf.* Sic & si unus promisit creditori, quod alius debet non novandi animo, ita duo incipiunt obligari, ut tamen res una ab utroque 9 debeatur. Quæ res facit, ut placeat hic quoque uno solvente alterum liberari. *L. si Stichum*, 8. §. *ult. D. de novat.* Hæc ideo, quia alioqui evenerit, ut bis idem exigatur: quod ius non patitur. *L. bona fides, D. de reg. iur.*

9 Sed nec sola stipulatione, verum & mutuo aliisve contractibus, quin & testamento plures correi fieri possunt vid. Donell. *ad hunc tit. Cod. C.* 12. Connan 6. *Comm.* 5. *n.* 4. Gœd. *de Contr. stipul. C.* 5. *n.* 11.

C A P. XXVI.

Accessiones principalis obligationis, quæ: & quæ earum propria liberatio.

Principali obligatione sublata liberari ultro, tollique accessiones. I.
Accessionum tria genera, & quæ. II.
Reo principali iure ipso, vel per exceptionem liberato illico & fideiussores liberari, etiam ignorantes & invitos. III.
Si tamen in debitore sit liberatio rei, non personæ dumtaxat. IV.
Aut fideiussori sua ipsius mora non noceat. V.
Fideiussorem aliquando petitione creditoris liberari, aliquando secus; & qualis uterque casus. VI.
Fideiussoris autem liberationem & ad reum pertinere. Et quibus id modis contingat. VII.
Liberato debitore, & actione personali submota pignora etiam liberari. VIII.
Contrariis occurritur. IX.
Emendatur L. 2. Cod. de luit. pignor. X. VIII.
Sortis obligatione sublata, & sic debitore liberato nullas omnino deberi usuras ex iure Iustinianeo. Quid ex veteri iure. XI.
Quorsum de liberationibus tractatum. Aditus ad alteram quæ de iuris obtinendi ratione est, partem. XII.

I. POstremo & accessionum sua quædam propria liberatio est, nihil commune habens cum iis, quas communes supra posuimus. Ea autem in universum hæc est, ut sublata principali obligatione, sua sponte liberentur tollanturque 1 accessiones, quamvis nihil cum his, aut de his actum fuerit, nihil intervenerit denique, quod earum nomine solutionem aut satisfactionem haberet. Id accessionum generibus propositis cum in unoquoque constitutum fuerit, certius intelligetur

II. Accessionum principalis obligationis tria genera sunt: Personæ pro aliis intervenientium: quo in numero sunt fideiussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei: res pro debito obligatæ, cuius generis sunt pignora & hypothecæ: tum earum rerum præstationes, quæ ex mora extrinsecus accedunt, quales sunt usuræ sortis, & in arbitraria actione de eo quod certo loco promissum est, id quod interest rei actorisve suo loco potius solvi, quam alio in quo nunc petitur. Ideo accessiones hæc omnia; quia principali obligationi ita accedunt, ut sine ea cui accedant, esse non possint. Sic sunt, & nominantur fideiussores, in §. *fideiussores Inst. de fid. L. in omnibus speciebus, D. de sol.* Similisque est mandatorum, & pecuniæ constitutæ obligatio. Sic pignora, quæ nisi pro debito non obligantur. *L. 5. D. de pig. d. L. in omnibus, de sol.* Sic dicuntur usuræ sorti accedere, ut nec sine ea consistant, in *L. lecta*, vers. *sed cum sortis, D. si cer. pet.* Sic utilitas actionis arbitrariæ ob id quod alio loco quid petitur, quam constituto. *L. ult D. de eo quod cert. loc.* De his, inquam, omnibus una hæc generalis definitio est, obligatione principali sublata, & liberato reo, liberari & tolli accessiones: puta, fideiussores, pignora, usuras, & quæ sunt ex superioribus similia: exstat definitio in *d. L. in omnibus, D. de sol. L. novatione, D. de novat* Sed quoniam hoc ius non usquequaque perpetuum est in singulis generibus supra scriptis, aut etiam in his nonnullam dubitationem habet, interdum & aliquid amplius est ad propriam liberationem: necesse est genera

1) *L.* 7. *Cod. de remiss. pig. L.* 59. *ad Trebel.* Hotom. 6. *Obs.* 13. Gomez. 2. *Resolut.* 13. *n.* 10.

ra ipsa singula spectari separatim, & quid horum unumquodque hic proprium habeat, animadvertere.

III. De fideiussoribus ergo ita ius est, & sub persona fideiussorum de mandatoribus, & pecuniæ constitutæ reis, quocumque modo liberatus sit reus principalis; eodem iure liberari & fideiussores etiam ignorantes & invitos. *d. L. in omnibus, de sol.* Accessionis hæc conditio est, ut sine principali caussa cui accedit, non consistat. *L. cum principalis. D. de reg. iur.* Itaque nihil hic interest, liberetürne reus principalis [2] ipso iure, an per exceptionem. Ipso iure, ut solutione, novatione, acceptilatione. *L. novatione, D. de novat.* Per exceptionem, ut pacto, iureiurando, re iudicata. Inde dictum exceptiones reo competentes cæteraque commoda rei etiam invito reo fideiussori [3] competere; dum exceptiones sint caussæ, non personæ cohærentes. *L. ex persona, D. de fid. L. exceptiones, 7. D. de exc.*

IV. Tantum hic exigimus idem quod in duobus reis promittendi, ut in debitore quidem liberatio sit rei, non personæ: in fideiussore autem, ne quod factum suum ei obstet, quominus liberetur. Debitor principalis si liberatur ita, ut liberetur & eximatur tantum persona manente obligatione, nihilominus & obligari potest fideiussor, & si ante acceptus esset, manet obligatus. *L. ultim. D. de duob. reis.* Veluti, si reus dato fideiussore deportatus sit, aut si alia damnatione bona ei aut pars bonorum [4] adempta, *d. L. ult. de duo. reis. L. 1 C. de fid.*

V. Sed etsi animal promissum interierit sine mora & facto debitoris, sed cum fideiussor moram fecisset in eo solvendo, aut id occidisset; regulæ iuris faciunt, ut debitor eo interitu liberetur; *L. si ex legati, D. de verb. obl.* atque adeo & summo iure fideiussor, qui cum accessio sit principalis obligationis, principali caussa sublata non habet, ubi tanquam accessio consistat. *d. L. in omnibus, de sol. L. cum principalis, D. de regul. iur.* Sed cum iniquum sit ei moram suam prodesse, quæ potius unicuique nocere debet: *L. in condemnatione, §. unicuique, D. de reg. iur.* iniquius eum facto suo liberari, & eo modo deteriorem conditionem creditoris facere: *L. si servum, §. nunc videamus. D. de verb. obligat. L. factum cuique. L. non debet alteri, D. de reg. iur.* visum est æquum esse, ut fideiussor in hac specie, quamvis liberato reo, tamen mora & facto suo perpetuet adversus se obligationem, teneaturque si minus directa actione, quam subtilitas iuris non admittit, at certe [5] utili. *L. mora, 88. d. L. si servum, §. nunc videamus, D. de ver. obl. L. mora, in fin. D. de usur.*

VI. Præter superiorem liberationem fideiussoris vere accessionis tantum propriam, sciendum est esse & in persona fideiussoris has duas proprias, ut liberetur ipse interdum sola petitione creditoris: idem quoque quanvis suo nomine liberatus, tamen reum principalem liberet. Petitione creditoris liberatur fideiussor interdum pro parte, ubi pro parte conventus est a creditore. Sed id uno tantum hoc casu contingit, cum plures sunt eiusdem rei fideiussores, & creditor simul egit cum omnibus pro diviso ita, ut a singulis partem cuiusque peteret. Qui hoc fecit, aperte divisit petitionem inter fideiussores. De hac divisione ita scriptum est in *L. liberum, C. de fideinss.* iuris rationem non pati petitionem ita divisam, post litis contestationem redintegrari. Quo significatur ita cœpisse ea petitione a singulis pars peti, ut nec post litis contestationem amplius peti possit a singulis; atque ita singuli pro reliquorum portionibus iam non teneantur, quanvis solvendo non sint, ac nec tunc fuerint, cum lis cum omnibus contestabatur. Sed huic liberationi partis tantum

tum

[2] De [illegible] fuse & sigillatim Ant. Hering. *de Fideiuss. C. 20. per aliquot §§.*

[3] Reales & personales, ut Hering. *d. tr. C. 27. P. 4.* sigillatim per exempla ostendit. Quin & privilegiis principalium fideiussor, uti vult Georg. Acac. Enenkel *Lib. 2. de privileg. C. 4. n. 127.* Quoties autem fideiussori, si postea solverit, actio nulla contra principalem, toties exceptio debitori parta illi non prodest *L. 32. de pact. & simil.* vid. Cuiac. 19. *Obs.* 29. Bensf. in *L. admonendi 31. de iureiur. n. 380. & seqq.*

[4] Ubi parte bonorum publicata in solidum obstrictus manet fideiussor. Qui obligatione principalis non perempta, sed fiscus successor tenetur *L. 2. C. ad L. Iul. de vi L. 26. §. ult. de his qua ut indig.* Donell. noster *ad d. §. 3. n. 1. & 2.* Connan. 6. *Comm.* 7. *n.* 12. Bron 4. *Ass.* 46. Ideoque in [illegible] *L. 4. pr. D. Si quis caut.* fideiussor liber [illegible] obligationi non succedit, Donell. d. loc. aliter Cuiacius 19. *Obs.* 24. & A. Fab. 11. *Conject.* 8. special esse in cautione iudicio sisti *d. L. 4. pr.* & iudicatum solvi *L. 5. Qui satisd. cog.* quia conditio fideiussionis deficiat, cum capite minutus debitor sisti, in [illegible] sententia ferri nequeat. Atque hinc verba *integro manente statu* adiecta in *L. 11. C. de execut. sent.* [illegible] Quid si creditor possideat bona principalis, atque ita [illegible] beratus, & an fideiussor? Non: *L. 21. §. 3. de fideiuss.* nisi bona idonea fuerint, & suum creditor receperit *L. 4. §. 11. de l. fideiuss.* Cuiac. 4. C. 35. Et Cessio bonorum principalis non prodest fideiussori, sed post creditori [illegible] debitori beneficio contra fideiussorem procedere [illegible] *de replicat.* [illegible] hoc egit fideiussorem [illegible] ut lapso facultat hu[illegible] a fideiussore suum [illegible] Cuiac. 19. *Obs.* 29. Col[illegible] *de proc. exsec. P. 1.* [illegible] *C.* [illegible] *n.* 34.

[5] *L. 38. §. pen.* [illegible] *95. §. 1. in fi. de* [illegible] non obstat *L. 19. de dolo,* vide supra *Lib. 15. C. 41. N. 24.*

tum locus est, cum ea concurrunt quæ dixi. Quod si aut unus tantum sit fideiussor, cum quo de parte actum sit, aut plures, quorum cum aliquibus separatim actum sit vel in solidum vel pro parte; nunquam ea petitione qui convenitur, aut cæteri ulla ex parte liberantur, nec prohibetur creditor non satisfaciente eo, qui convenitur, ad alios [6] redire. *L. reos, C. de fidei.*

VII. Habet & hoc proprium fideiussoris liberatio, ut converso modo ad reum quoque liberandum pertineat. Et si quidem fideiussor solvit aperte nomine debitoris, etiam iure communi fit, ut debitor liberetur, nam & hoc quivis extraneus faceret. *L. solutione, L. solvere, D. de sol.* Sed hoc proprium, ut si suo nomine solverit, non liberetur quidem debitor ipso iure, at liberetur per exceptionem. *L. Papinianus, D. mand. L. si filiusfamilias, D. de in rem ver.* placetque eum in re dubia videri suo potius quam alieno nomine solvisse. *L. 4. D. de sol. d. L. Papinianus, mand.* Secundum quam distinctionem accipi debet, quod scriptum est *Inst. quib. mo. tol. obl.* in pr. si fideiussor solverit, non ipsum solum liberari, sed etiam reum: ut & Accursius eo loco recte accepit. Quod si solutione fideiussoris liberatur reus, consequens fuit, ut liberatur & fideiussoris acceptilatione; quod & placuit. *L. & per, §. si fideiussori, de accept.* Nam hæc imaginaria solutio est, & solutionis exemplo liberat. *§. item per, Inst. quib. mod. tol. obl. L. 5. D. de accept.* Eadem ratione probatum est, si fideiussor iuraverit non se non fideiussisse, sed a reo nihil deberi, iusiurandum prodesse etiam reo; quia iusiurandum solutionis

6) Olim autem & ante *L. ult. C. de fideiuss.* fideiussorem liberatum sola conventione rei, etsi integrum ab eo non consequeretur creditor, putat A. Fab. 1. *Conject.* 17. probari ex *L. 45. §. ult. Mand. iunct. §. praced.* sic arguens. Creditor qui mandato fideiussoris reum convenit, ii ulis ei qui mandato debitoris ab alio stipulatur quod sibi debetur, periculo tamen mandantis. Ergo ut illic per delegationem debitor liberatus, ita hic electione rei fideiussor. Hinc, ait in *Leg. 84. de sol.* electione servi liberatur fideiussor, qui pro eo intercessit, etsi non integrum solverit, quia si integrum solvisset, nulla esset *dict. Leg.* 84. dubitandi ratio, Non vero electione domini a quo non acceptus. Atque his permotus in *L. 21. §. 3. de fideiuss.* negatione inserts legit *non manere*, quasi velit IC. eo casu principalem obligationem superesse, fideiussoria extincta. Contra quoque electo fideiussore accepto ab illo iudicio reum liberari per *L. 11. Mand.* Ex quibus hoc posterius (nam quoad prius consentit ei Cuiac. 23. *Obs.* 25. *ex 2. Sent. Pauli* 17. *§. pen.* Hering *de Fides. C.* 20. *§. 13. n. 13. & seqq.*) ut ab omnium sententia ita & a vero cum primisque a bono & æquo longissime abest. Quæ firmandæ & adstringendæ obligationis principalis gratia accessit, quæque securiorem creditorem reddere debuit fideiussoris acceptio, qui quæso aliter minuere, nedum tollere, unquam potuit illam, extra quam si solutione aliove modo plene creditori satisfactum. Nunquid iniustum lucrum ita debitori cum evidentissimo creditoris damno contra iuris naturæ rationem indigne tribuemus. Quando cum fideiussore creditor cum effectu egit summa ratio est, ut principalis liberetur, ne contra bonam fidem bis idem creditor exigat, neve idem bis debitor, creditori videlicet & fideiussori, solvere cogatur. Iuste usque recusat tunc debitor solutionem creditori, cum mandati actione a se solutum fideiussor repetere possit. Ac ut forte aliquando non possit, si donandi animo fideiusserit, liberalitatem soli ei proficere, cui voluit qui eo animo fuit, æquum est. Qua vero fronte hic conventus debitor solutionem recusabit, qua fide retinere postulabit, quod ex caussa onerosa accepit, pro quo sibi nihil tunc vicissim abest, absuturumve metuitur, cum fideiussori ex eo solo quod ab eo petitum, si non solverit, nullus contra eum possit dari regressus, &c. Quin si electione unius correorum alter non liberatur *C. prat. N. 2.* minus conventione fideiussoris principalis. Sed nec convenit diligentiam suam cuiquam fraudi esse, cum ius vigilantibus scriptum sit *L. pen. in fin. Quæ in fraud. cred.* & benignitatem creditoris, qui voluit prius fidem eius, cui principaliter credidit experiri & successum periclitati ipsi nocere. Quod fieret iure veteri, si conventio principalis fideiussorem liberaret. Denique & ex ratione iuris antiqui, nullius agendo fit deterior conditio, nec novatio necessaria iudicio nisi ut actori proficiat, *supra Cap.* 20. *n.* 37. Quare si maxime ea Pauli fuerit opinio, nec *d. §. pen.* corruptus: non tamen omnium prudentum sententia *dict. L. 21. §. 3.* Minime itaque probanda corruptio *dict. L. 21. §. 3.* & sententiæ perversio. Quin sic ibi arguit Africanus, Uti si bona debitoris consequutus creditor, fideiussor obligatus manet, si scilicet ex illis plene non satisfactum: ita contrario casu fideiussore hereditario iure bona creditoris adepto obligatio principalis debitoris non perempta. Sive iam dixeris plane liberatum debitorem, possessione rerum creditori data, ut Cuiac. 15. *Obs.* 35. sive non penitus, cum si quid postea quæsiverit, rursus ab eo exigi possit, ut A. Fab. *per L. 3. C. de bo. auct. iud. poss.* (quæ tamen de diverso casu cessionis bonorum loquitur) nihil refert, modo in eo conveniat similitudo, in quo debet. In eo nimirum quod neque adeptio bonorum creditoris principalem, neque bonorum debitoris fideiussoriam obligationem exstinguat. Nec quidquam minus, quam illam Fabri sententiam *d. L. 45. §. ult. d. L. 84.* inferunt, magisve infirmant. Nam verba ipsa, *d. §. ult.* habent *sequenti mandato* (id est actione fideiussoris contra reum principalem in solutum data creditori, Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 92.) *liberari fideiussorem ex priore caussa*, non vero electione rei actioneve contra eum intentata. Ac in eo similitudo: quod uti cui delegatus est debitor periculo creditoris, quod minus a delegante servare potest, in id mandati contra delegantem experitur: ita & qui mandato fideiussoris cum reo experitur, quod minus ab eo servari potest, consequatur a fideiussore, non quidem actione ex stipulatu, quæ sublata est mandati acceptione, saltem per exceptionem, sed mandati actione *L. 22. §. 2. d. t.* Sic in *d. L. 84. de solut* clare dicitur ipsa actione de peculio ex servi contractu cum domino, non liberari fideiussores, si scilicet solidum non exactum, nec tantum fuit in peculio, sed solutione *L. 38. §. 2. d. t.* Quo nihil magis Fabro adversum. Ex negociis enim servi solus dominus principalis & civilis debitor, nec servus vel agere vel conveniri potest, ut inconveniens sit Fabri distinctio inter electionem servi & domini. Quasi vero contra servum ipsum iure tenere possit actio. Denique minime omnium alterum Fabri opinionis membrum de reo per solam conventionem fideiussoris liberato, quod tanta absurditate, ut ostendimus, laborat, probatur ex *dict. L. 51. Mand.* Nam ibi non conventus tantum fideiussor, sed *damnatus* ac in eo fuit ut iam solvere deberet. Quia autem adita hereditate creditoris facta confusio, nec iam est cui solvat, perinde habetur ac si pecunia ei abesset, quam & habiturus, si sine confusione esset. Nam si solvisset vivo creditori, utique eam pecuniam solutam in hereditatem reperisset. Ideoque mandati actionem habet contra reum tanquam solutione sua, aut quæ eius vice confusione, liberatum. Quod si, de quo nobis lis, fideiussore convento, aut nihil, aut minus ab eo exactum, inauditum sane & contra naturalem rationem, actionem mandati dare fideiussori contra principalem ad repetendum id quod non abest. Quæritur Num & termini prorogatio liberet fideiussorem? Negatur, Vid. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P. 1. §. 12. limit. 6. n.* 53. Tessaur. *Dec.* 125. Kœpen. Q. 40. Gœd. *de Contr. stip. C.* 12. *Concl.* 10. Hering. *de Fides. C.* 20. *§.* 12. qui vult idem esse etsi ad tempus acceptus. Sed contra dispositum *Nov. Aug. Elect. Sax. divæ memoriæ* 19. *P.* 2.

tionis loco haberetur. *L. in duobus*, §. 1. *D. de iur.* Eo fit, ut non idem probetur in pacto fideiussoris. *Fideiussoris*, ait Paulus, *conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a reo non peti.* L. fideiussoris, *D. de pact.* Adde nec pactum pro solutione esse ut iusiurandum. De quo dixi superiore *Capite in duorum reorum promittendi liberatione.*

VIII. De pignoribus & hypothecis certa hæc & rata sententia esse debet, quocumque modo liberatus sit debitor, cuius nomine pignora obligata erant, sive liberatus sit ipso iure, sive per exceptionem, dum modo res soluta sit, non persona exempta; continuo & pignora ut accessionem liberari. *L. in omnibus*, *D. de solut. L. solvitur. L. item. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Nam quod scriptum est in *L.* 2. *C.* de luit. pig. *intelligere debes vincula pignorum durare personali actione submota:* aperte vitiosa est scriptura, & negative legendum: *vincula pignorum* 7 *non durare.* Iam primum generalis hæc definitio est, personali actione submota vincula pignorum non durare. In qua si quid falsum est, totam definitionem falsam efficit; si maxima pars, multo magis. Quod si certo iure in totum falsa est, quis dubitet ita nec definiendum, nec legendum esse? Atqui si ipso iure liberatus est debitor, omnes consentiunt pignus liberari. *L. acceptam*, *C. de usur. L. novatione*, *D. de novat.* Sed etsi liberatus sit tantum per exceptionem, veluti si creditor pactus sit, ne ab eo peteret, idem iuris est. *d. L. solvitur. L. item, quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Et quod de uno hoc genere exceptionis dicimus, pertinet ad omnes. Quidni? non est enim pignus, nisi res pro debito obligata, ut ubi nihil debetur, ibi non possit esse pignus. *L. res hypothecæ*, *D. de pig.* §. *item Serviana*, *Inst. de act.* At non debet, quisquis habet exceptionem perpetuam: quoniam ab eo invito pecunia exigi propter exceptionem non potest. *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const. L. debitor*, *D. de verb. sig. L. lecta*, vers. *sed eum fortis*, *D. si cer. pet.*

IX. Proferuntur tamen vulgo contra species duæ, in quibus reperisse se putant actionem personalem submotam, pignus tamen durare. Sed falso. Una est in actione quæ submota sit præscriptione temporis; hæc enim removetur exceptione triginta annorum. At etiam post durat hypothecaria: quandoquidem dicitur hæc durare quadraginta annos. *L. cum notissimi*, §. 1. *C. de præs. trig. annor.* Hoc vero posterius illis concedi non oportet. Dicitur hypothecaria durare quadraginta annos: sed ita, si nihil aliud ei obiiciatur, quam præscriptio temporis. Quod si solutione, novatione, acceptilatione, pacto sublata sit principalis obligatio, nemo dicet hoc casu hypothecariam durare tot annos, cum nulla supersit hypotheca, quæ vel in minimum tempus prorogetur: utpote his modis sublata principali obligatione, qua sublata necesse sit & pignora liberari. *L. in omnibus*, *de solutionib.* Quod si concedunt tunc, cum aliis modis & alia exceptione personalis actio submota est: cur dubitemus idem intelligere, cum principalis obligatio præscriptione temporis amissa est? Durat ergo hypothecaria quadraginta annos; sed tunc, cum durat etiam personalis actio: quod fieri potest. Finge enim ea actum esse cum debitore, & præscriptionem temporis conventione interruptam. Altera species vulgo adfertur, quæ plane ad id quod 8 volunt, nihil pertinet: In duobus heredibus debitoris videlicet, quorum unus partem solvit: quem placet portionem suam ex pignoribus nihilo magis recipere posse. *L.* 1. *C. de pig.* Et quid hic proponitur, cur videatur personali actione submota pignus durare? Nam qui solvit partem, pro parte liberatur: sed & pro parte eius liberatur pignus: ut si tenetur adhuc pignus, non teneatur nisi pro parte eius, qui nondum solvit, & cui obligatio personalis adhuc non est submota. Atenim dicitur pignus adhuc in solidum durare, sed durat pro parte eius tantum, qui non solvit. Sic enim conditio est pignoris, ut quandiu non est integra pecunia creditori soluta, si vel minimum desit, tamen pignus teneatur in solidum, & ius sit creditori solidum vendere. *L. quandiu*, *C. de dist. pig.*

X. Cumque hæc sententia certi iuris est, personali actione submota pignus non durare: tum vero hanc statui a Gordiano, & ita ab eo scriptum fuisse: cum eius verba indicant, tum mos perpetuus Imperatorum de iure respondendi. Ait Gordianus, *intelligere debes*. Quæ verba sunt Imperatorum de iure aperto respondentium,

7) Ita & noster *ad d. L.* 2. pluribus probans *&* *ad L.* 26. *pr. C. de Us. n.* 3. Forte de eo dicendi locus *in Tr. de Pig.*

8) Cuiac. 5. *Obs.* 32. quem & refellit Ant. Fab. 7. *Coniect.* 18.

tium, & quodammodo increpantium consultorem, quod consuluerit de ea re, de qua dubitare non debuerit, cum intelligere deberet ius certum ita esse, ut nunc respondetur; ut patet ex similibus locis, ut *L. cum proponas*, *C. de pact. L. si maritus*, *C. de don. int. vir. & uxor.* qualia & hæc sunt, cum respondent, perspicis, intelligis, ut *L. si actionem*, *C. de pact. L. cum proponas*, *C. de transf. L. cum dotem*, *C. de iur. dot.* At nemo unquam dixit ius certum esse, pignus durare etiam personali actione submota: cum potius ius certum sit in contrariam sententiam, vel in totum, vel certe, quod omnes fatentur, ita in maxima parte liberationum, ut una tantum species excipiatur, aut ad summum una atque altera: ut profecto concedendum sit, si consultor de ea dubitaret, non debuisse increpari, quasi intelligere deberet ita esse, quod nemo veterum intellexit, aut sensit. Adde morem respondendi, quo Imperatores de re aliqua consulti uti solent. Qui quoties consuluntur de ea specie, in qua de iure non in universum sed sub conditione tantum definiri potest, nunquam respondent nisi addita ea conditione, quam & distinctione declarant; ut videre est in *L. ut responsum*, *C. de transf. L. precibus*, *C. de imp. & al. subst.* Iam vero in proposito si quando verum esset, personali actione submota pignus durare, id non fieret nisi certa conditione, & certa in specie liberationis, ut omnes etiam qui lectionem vulgarem sequuntur, coguntur fateri. Proinde si Gordianus id scripsisset, etiam hanc conditionem adderet, & iuberet consultorem dispicere, num ea evenisset, minime autem generaliter definiret id, in quo distinctione esset opus. Quod cum non fecerit, dubitandum non est, quin non ita scripserit, sed responderit in contrariam sententiam, pignus scilicet non durare personali actione submota: generaliter ita definiens, quod & perpetuum erat: & quia erat certi iuris, idcirco etiam consultorem increpans, quod de eo dubitaret.

XI. De usuris hæc quoque sententia rata est, debitore liberato & sublata obligatione sortis, sive ipso iure id factum sit, ut solutione, novatione, acceptilatione; sive per exceptionem, ut pacto; amplius usuras non deberi, seu amplius usuras non currere. Id in debitore ipso iure liberato passim traditum, ut *L. acceptam*, *C. de usur. L. novatione*, *D. de novat. L.* 1. in fin. *L. debitor*, *D. de usur.* Idem scriptum de debitore per exceptionem liberato, in *L. lecta*, vers. *sed cum fortis*, *D. si cer. pet.* Sed cum dicimus amplius usuras non currere, de futuri temporis usuris loquimur; quas minus mirum est amplius non deberi, cum neque accesserint antea, neque iam supersit ulla obligatio, cui postea accedant. Quæritur potius de præteritis, quæ manente adhuc obligatione cesserant, etiamne hæ sublata obligatione sortis desinant deberi, nec peti possint. Et iam olim ius certum fuit, ne has quidem peti potuisse, si eæ essent, quæ officio iudicis præstarentur in bonæ fidei iudiciis: quia hic non duæ essent actiones, alia sortis, alia usurarum: sed una sortis, circa cuius exsecutionem officio iudicis ratio usurarum haberetur. *L.* 4. *C. depo. arg. in L. centum*, *D. de eo quod cer. loc.* Quod si debebantur usuræ per stipulationem, quæ iam ante commissa sit sæpius, non immerito videri potest, quanvis sublata sit petitio sortis, tamen manere debere obligationem usurarum: quoniam duæ fuerunt ut stipulationes, ita actiones diversarum rerum: quarum una sublata non ideo consumit alteram. *arg. in L. centum*, *de eo quod cer. loc. L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* Sed Iustinianus hanc dubitationem sustulit, & cavit sublata principali obligatione sortis licet per exceptionem, ne usuras quidem præteriti temporis, & quæ ex stipulatione debebantur, peti posse; quasi absurdum esset principali actione non subsistente iudicem de accessione cognoscere: hanc enim rationem ille reddidit: hoc ille in *L. eos*, in princip. *C. de usur.* Quod de usuris ius est, idem placuit & multo magis de ea utilitate, quæ ob id quod alio loco quam constituto agitur, officio iudicis arbitrariæ actioni accedit: ut forte soluta etiam de ea utilitate cesset officium iudicis. *L. centum*, *L. ult. D. de eo quod cer. loc.*

XII. Atque hæc hactenus de liberationibus & solutionibus, quibus omnem solvendæ obligationis, & debitoris liberandi rationem contineri puto. Tractatio eo collata, ut in quæstione eius quod nobis debetur, intelligeretur, quod aliquando nobis deberi cœpisset, si in eo debitor aliquo modo ex iis, qui supra expositi sunt, liberatus esset, exinde tam incipere non deberi, quam si nihil unquam debitum fuisset, ideo quidquid id fuit, amplius in iure nostro habendum non esse. Sin nulla liberatio intervenerit, tum demum quod cœpisset, etiam nunc perseve-

verare, ac vere dici deberi, ut in iure nostro habeatur: id quod hac parte quærebamus. Quod si in eo quod est cuiusque, hæc fuerunt summa duo, quæ numeraremus; id quod vere cuiusque est proprium, & quod cuique debetur, ac de utroque dictum est: nihil superest, quominus quid cuiusque sit tum in persona tum in rebus externis, satis dictum videatur, & ea pars iuris latissime patens impleta, quam initio diximus positam esse in iuris nostri cognitione. Qua posita, restat pars altera, quam eodem loco proposuimus versari in eius iuris quod nostrum esset, obtinendi ratione.



HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER DECIMUS SEPTIMUS.

De altera parte iuris Civilis privati, posita in iuris nostri obtinendi ratione.

CAPUT I.

Quæ sit ratio iuris nostri obtinendi.

Huius & seqq. Librorum nexus cum superioribus. I.
Controversa res amicorum consilio transigenda potius, quam in forum deducenda; & quare. II.
Est vis, qua ius nostrum obtineamus ab invito, iure civili admissa, & constituta. III.
Eadem tribus munienda cautionibus; & quæ illæ. IV.
Legitima vis quid sit, a quo adhibenda, & quæ huius inferendæ ratio. V.

I. Frustra aliquid nostrum esse, aut ad nos pertinere ius iubet; frustra statuit esse, quod nobis debeatur ab alio, & simul huius iuris caussas ostendit, nisi quod nostrum esse statuit, id etiam consequi & tenere liceat. Quare cum prius illud constabit, quid nostrum cuiusque sit, de quo a me antea superioribus libris dictom est; proxima cura esse debet, ut si quid hic nobis ab alio præstandum est, de eo obtinendo cogitetur.

II. Et si amica petitione, aut qua alia honesta ratione impetrari potest ex consensu, ut qui debuit, præstet, consultissimum est ea uti, atque adeo hanc omnibus modis experiri potius, quam ad vim & ordinarias iodicio agendi vias facile decurrere. Nam cum ipsum per se contendere dorum est, & sæpe turpe; tum vero in iudiciis magnæ molestiæ devorandæ sunt, multi sumptus & magni sæpe [a] faciendi, & quod acerbius est, periculum anceps sententiæ subeundum, ubi fieri possit, ut cum superiora omnia pertuleris, tamen vincare, nec quicquam ex labore nisi molestiam & damnum auferas. Omninoque quod est apud Terentium in Eunucho

Omnia prius experiri verbis, quam armis sapientem decet,

licet de iudiciis usurpare uno commutato verbo, ut sit sententia non minus vera & pru-

a) Facit *L. 6. de min. L. 7. §. 1. de tribut. act.* Hinc Cic. 2. *Off.* esse non modo liberale nonnunquam de iure suo cedere, sed etiam fructuosum. Comes enim litis, non minus atque æris alieni, miseria ex sententia Chilonis aureis litteris Delphis consecrata, Plin. *Li. 7. C.* 32. Et Neviz. *Li. 6. Sylv. Nupt. n.* 8. Mediolani lapidi marmoreo sub adscensum palatii hæc insculpta legi memorat: In controversiis caussarum capitales inimicitiæ oriuntur, fit amissio expensarum, labor animi exercetur, corpus quotidie fatigatur, multa & inhonesta deinde crimina consequuntur; bona & utilia opera postponuntur. Et qui sæpe credunt obtinere, frequentius succumbunt. Et si obtinent, computatis laboribus & expensis, nihil acquirunt. Merito itaque vituperanda contentiosa perversorum hominum, litigandi consuetudine, quod Marcellus de Ægyptiis prodidit, lætissimorum cupiditas, vid. Tiraq. *de Retr. lignag. §. 8. Gl. 7. n. 20. & seq.* Micq. Hospit. *L. 2. Ep. 1.* Commendanda vero verecundia lites exsecrantium *L. 4. §. 1. de alien. iud. mut. ca.* Nec inde tamen, ut nec ex dicto Apostoli 1. *Cor. 6. vers. 1. & seq.* omnem iudiciorum usum, vel viro bono vel homini Christiano, interdictum esse, huicque etiam a iusta contentione abstinendum esse recte infertur. Nam ut Usill. *in Proœm. 1. de act. n.* 17. non quia osores litium inanium laudantur, iusti litigatores reprehendendi, cum & contraria esse possint, quorum neutrum reprehensioni subiaceat, ut ex eo, sit, quod virginitas laudanda, non sequitur nuptias improbandas, vid. Greg. 47. *Synt. 1. n. 3. & seq.*

& prudens, Omnia prius experiri verbis, quam iure sapientem [2] decet. Sed hæc ratio [3] consilii & prudentiæ est, de qua quisque statuet apud se ut volet, pro commodo suo: nihil enim hic tale ante tentari ius iubet. Quin potius & de re ad ius nostrum pertinente, & de eo quod pure nobis debetur, statim dat actionem, cuius ea vis est, ut statim iudicio rem persequi liceat.

III. Quod si quis aut gravatus omnem aliam moram iure suo statim uti constituit, aut omnia alia humana tentans eo modo suum obtinere non potest, vel quia adversarius latitat, vel quia præsens negat se quidquam præstare debere, vel aliter eludit & frustratur petitionem: si qua hic ratio restat nostri obtinendi, hæc restat omnino, ut vis adhibeatur, qua quod sponte quis non præstat, id obtineatur ab invito: in eaque vi ratio obtinendi iuris nostri posita est. Et ut hæc vis ad eam rem necessaria est, ita etiam admissa & constituta iure civili, & recte. Plusquam enim imperfecta lex est, quæ quod cuiusquam esse iubet, id ei [4] effectum non dat.

IV. Sed ne quid hic peccetur in Rempublicam, & ne qua fiat iniuria ei unde petitur, admissa hæc vis est certis legibus, in quibus hæc pars de rebus nostris vi obtinendis tota versatur. Leges hæ tres sunt. Prima, ne per quemlibet hæc vis adhibeatur: certe ne per eos, qui agunt, & sibi quid tribui postulant: sed per idoneas personas auctoritate publica præditas, quæ pro potestate iure possint & sine tumultu eum unde petitur, cogere. Secunda, ut quisquis erit, per quem eam vim adhiberi placet, non statim ad eam vim perveniatur; sed ordine & via: in summa, caussa cognita; ut convictus is unde petitur, damnetur: non convictus absolvatur, atque hoc modo neutri neque actori neque reo fiat iniuria. Tertia lex, ut adversus condemnatum vis adhibeatur non quælibet, sed civilis, quæ dum sufficiat actori ad suum obtinendum, nihil acerbe persequatur, & quam minimum fieri potest, auferat reo.

V. Persona idonea, per quam adhibeatur ea vis, est magistratus, sunt iudices ad eam rem publice constituti. Via eo perveniendi, iudicium iustum & recte ordinatum. Vis civilis est exsecutio rerum iudicatarum, remedia, iure prodita ad cogendos condemnatos, ut iudicatis pareant. Atque his, inquam, rebus tanquam partibus omnis hæc ratio nostri obtinendi iure constituta continetur: ut cum de his cognoverimus, sit omnis hæc ratio nobis cognita. Describuntur vero eleganter hæ partes in *L. negantes, C. de obl. & act.* his verbis: ***negantes debitores non oportet armata vi terreri: sed petitore quidem non implente intentionem suam, vel exceptione submoto, absolvi: convictos autem condemnari, ac iuris remediis ad solutionem urgeri convenit.*** Remedia iuris ad cogendos ad solutionem reos sunt, ea vis quam quærimus. Hæc vult lex adhiberi, sed caussa prius cognita, utrum convincatur reus debere, an non convincatur, idest, iudicio prius interposito, cuius hic sit exitus, ut non convictus absolvatur, convictus condemnetur. Et iudicio cum id fieri placet, eadem opera fieri placet per magistratus & iudices: nam horum iudicium est. Eædem partes, & idem ordo non minus eleganti rescripto constituuntur in *L. 1. §. de exs. rei iud.* Quæ leges & partes cum ita sint, quid unaquæque postulet, deinceps ordine cognoscendum est. CAP.

2) Verecundia debitoris non temere & subito iudicio pulsanda. Quia ut Cic. *pro Quint. videndum quamprimum & quam minima cum molestia tota res transigatur.* Ac incivile est, hominem statim in ius rapere, cum res forsan amica compellatione vel compositione obtineri possit, Fr. Pollet. *Lib. 3. Hist. fori C. 12. pag.* 278. Quare denunciationibus prius conveniendi debitores, ut loquitur *L. 10. C. de pig.* Ubi non recte Cuiacius 5. *Obs.* 31. denuntiationes accipit solemnes & testatas de reluendo pignore, quas præcedere illius venditionem oportet, quando vel convenit, vel alias id actum, ne pignus distrahatur, iuxta *L. 4. de pig.* Neque enim de vendendo pignore ibi agitur, sed de vindicando ab extraneo possessore, Hotom. *in d. L.* 10. Sed conventio debitoris privata significatur. Qui si præsens sit, humanitatis ratio suadet eum prius interpellari de solvendo debito, quam realis actio intentetur contra possessorem. Nam si is solvet, eadem opera consulitur creditori, & possessor non inquietatur, Donell. noster *ad d. L.* 10. Quod si itaque quandoque humanum est tentare, num res per alium salva esse possit, ne alius iudicio pulsetur *d. L.* 10. magis convenit ipsum reum prius interpellare. Quo facit *L. 13. pr.* ibi *qua de re volo cum Hibero loquaris de serv. urb.* unde Cuiac. 18. *Obs* 38 huiusmodi monitionibus Iurisconsultos operam dedisse, & auctoritate eorum, idem quod iudicio impetratum sæpe fuisse notat. Neque enim illa verba sunt Iurisconsulti, sed consulentis Cuiac. *d. lo.* Duar. 2. *Disp.* 28.

3) §. *appellamus* 15. *in fi. I. de act.* Cuiac. 5. *Obs.* 31. Et de urbanitate fieri debere interpellationem *Gl. & DD. vulgo ad d. L.* 10. *C. de pig.* Tametsi omissa ea actor expensas in citationem factas, si citatus solvere paratus sit, reposcere nequeat C. *novit. de iud* Rosbach. *Proc. tit.* 10. *n.* 14. Arnold. ab Haersolte *in Proleg. de act. in genere n.* 84. Arnold. de Reig. *in Thes. iuris fol.* 227. Sed etsi boni iudicis sit omni cura minuendis litibus studere *L. 21. in fi. de reb. cred.* & amicabilem compositionem inter partes tentare *C. ult. §. 1. C. 5. Qu. 2. & simil.* post alios Wes. *Cons.* 21. *n.* 2. nolentes tamen transactionem inire iure communi non compellit. Reig. *de Thes. fol.* 100. *& fol.* 271. Neque mulctam quam Plato 11. *de LL.* infligit iis, qui arbitrio domestico morem gerere cunctantur mores imperii admittunt, nisi compromissam, ait Pollet. *Lib. 5. Hist. fori Cap. 12. p.* 228.

4) Unde per magistratus qui iura regunt, effectus rei accipi dicitur *L. 2. §. post originem* 13. *de O. I.* Et continetur in sequenti, iudiciorum nempe, seu actionum institutione usus & praxis superiorum, ad quam ceu finem & metam illa tendunt, Mynsing *in Rub. I. de act. n.* 4. Gomez. *in pr. I. eod. n.* 13. *& seq.* Benincasa *ibid. n.* 90 Vult. *n. 1. & 2.* De iudiciorum antiquitate & utilitate vid. Rob. Marants *in Specul P.* 3. Nic. [illegible] *Lib. 1. Disput. civil. initio* Muret. *Vol. 1. Orat.* 18.

CAP. II.

Neminem posse quod suum esse, aut sibi deberi putet, privata vi & auctoritate cuiquam auferre; sed per iudicem & magistratum reposcere debere: nisi si qua necessitas cogat antevertere.

I. IAm primum de personis, per quas ius suum cuique obtinere liceat, hoc statuatur, nulli licere, quod suum esse, aut sibi deberi putet, ei unde præstandum est, vi & sua auctoritate auferre, & in eo sibi ius dicere, sed unumquemque quod suum sit, per iudicem seu magistratum reposcere debere. *L. exstat*, *D. quod met. caus.* Et ne quis hoc consilii esse existimet ad civilitatem & urbanitatem comparati: sciendum est rem esse in necessitate iuris positam. Necessitas sancita legibus pœna varie constituta adversus eos qui vim faciunt quanvis in re sua, sive rem vi invadant, sive vi cogant adversarium, ut præstet, quod alioqui noluerit. Nam primum vis omnis coercetur lege Iulia de vi, sive ea vis publica est, idest armata, sive privata, idest sine armis. *§. item lex Iulia*, *Inst. de pub. iud tit. ad leg. Iul. de vi pub. & ad leg. Iul. de vi priv. D.* In quam legem incidere constituit etiam eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut solveret. *L. sed & partus*. *§. ult. D. quod met. cau.*

II. Primariæ autem pœnæ hæ sunt. Iam olim decretum Divi Marci est in hæc verba; *ut quisquis probatus fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, sibique ius in eam rem dixisse; ius crediti non habeat*. L. exstat. *D. quod met. cau.* Qua pœna hoc continetur, ut debitor quod compulsus est dare, repetere possit condictione ex ea lege: quando in eam rem placuit non esse debitori actionem quod metus caussa in quadruplum. *d. L. sed & partus*, in fin. *quod met. cau.* Si vi raptum sit repetere possit actione vi bonorum raptorum. *§. ita tamen*, *Inst. de vi bo. rap.* Nec possit creditor se tueri doli mali exceptione, quasi repetatur quod fuerit ei debitum; quia superiore delicto debitum ei esse desierit. Qui si pecuniam quam adhuc possidet, ob suprascriptam caussam retinere non potest; palam est, se ultro restituere extortam vel ereptam pecuniam, multo minus eum ultro de pecunia debita agere posse, qui creditum ita amiserit, ut nec possidens haberet retentionem. Hoc posteriorum Imperatorum constitutiones secutæ addiderunt insuper hanc pœnam, ut si quis vel rem immobilem invasisset, vel eripuisset mobilem: siquidem suam, is eius rei dominio caderet: si alienam, is re restituta, etiam eius rei æstimationem ei, cui abstulisset, pendere cogeretur. [1] *L. si quis in tantum*, *C. unde vi*, *§. ita tamen*, *Inst. de vi bo. rapt.*

III. Cur ergo potestas sua auferendi & sibi ius dicendi tam districte privatis adempta? Summa ratione: non tantum quia magnum est quemquam iudicem fieri in re sua; *L. Iulianus ait*, *D. de iud.* sed etiam

1) Vid. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 9. Donell *ad L. 6. & d. L. 8. Cod. Unde vi* & *supra Lib.* 15. *Cap.* 31. *N.* 2. *& Lib.* 16. *Cap.* 9. *N.* 1. Idem si rem a iudice sequestratam quis occupet, etsi sequestrationem iure non factam putaverit, *Clem. un. de sequestr. Poss.* ubi Gœd. *n.* 89. *& n.* 92. quia pro iudice præsumptio est iustitiæ.

iam quia ita statui publice omnium interest. Etenim permittere privato cuique, ut sibi ius dicat, nihil aliud est, quam omnium civium, maxime tenuium, & bonorum fortunas & salutem, potentium ac nocentium libidini atque avaritiæ exponere, cum semper facile extituri sint, qui mentiantur sibi aliquid deberi, ut aliis eripiant: qui iidem cum audaciores sint, & ad nocendum instructi, facile evasuri sint superiores: & ut detur aliquis summa fide & religione præditus, qui non sit petiturus, nisi suum: tamen hoc illi concedi, ut in re sua sibi ius dicat, perniciosum est exemplo. Nam & improbissimi quique isto exemplo idem audebunt, nec metuent se viros bonos dicere, atque adeo, ut improbitas est impudens, se etiam optimis si opus est anteponere. Adde his, quod nemo privatus facile privati vim feret, sed vim alia vi maiore propulsabit; unde necesse est oriri acerbas contentiones, pugnas, cædes interdum, & si inter potentiores res agetur, factiones, seditiones, atque hinc etiam intestina bella, quæ omnia certum est perniciosa esse Reipublicæ.

IV. Relinquitur igitur, ut per alium res repetatur, si quid recte consequi ab invito volumus: neque eum quemlibet, sed per magistratum qui eius rei futurus sit iudex, aut pro iurisdictione alium iudicem daturus: cuius tamen postea sententiam exsequatur, qui eum dedit. *L. a Divo*, in prin. *D. de re iud.* ut semper verum sit quod est in *d. L. exstat*, *quod met. caus.* res reposci per iudicem oportere. Et vero huic rei constituti sunt magistratus, qui cum in aliis partibus Rempublicam regerent, tum maxime præessent iuri dicundo, & cui præerant, id auditis cuiusque postulatis & desideriis populo reddere possint. *L. 2. §. post originem*, *D. de orig. iur.* Non ob aliam caussam magis, quam ut hæc potestas sibi aut aliis ius dicendi privatis esset adempta, dum ea incommoda a caventur quæ dixi. In quam sententiam est illud Imperatorum in *L. nullus*, *C. de Iud.* Idcirco iudiciorum vigorem, iurisque publici tu-

a) *L. 13. §. 3. de Usufr. Cap. ad hæc 63. Cap. 16. Quæst. 1.* Cassiodor. 4. *Variar.* 10. Legum reperta est via & sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Vaud. 1. *Q.* 3. Trentacinq. *pract. Resol. Lib. 1. Tit. de re iudic. Resol.* 5. Matth. Stheph. *Lib. 1. de Iurisd. Cap.* 34. Etsi vero ita generali lege decretum sit, ut nemini omnino ius sibi dicere liceat *L. un. C. Ne quis in sua causs. iud.* Principem tamen, superioris nescium, in sua caussa iudicare posse vulgo tradunt *per L. 4. de her. inst. L. 3. de his quæ in test. de L. C. cum venissent de iudic.* Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 436. Schrad *de Feud. P.* 10. *Sect.* 2. *n.* 64. nec absurde omnino, cum princeps sibi ipsi legem dicere non possit, *L. pen. de rec. arb.* superiorem vero, quem adeat, non habet. Æquius tamen est ut magistratuum iudicia subeat, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 65. Et de honestate volunt debere eum caussam delegare, vel in arbitrium compromittere, vid. Paurmeist. *Lib. 2. de Iurisd. C.* 5. *n.* 81. Knich. *de sublimi. territ. iure C.* 1. *n.* 382. Carol. Tapia *in Rub. D. de Constit. Princ. Cap.* 1. *n.* 33. *& seq. per L.* 1. *&* 2. *C Si adv. fisc. tit.* 1. *C. Ubi causs. fisc.* Sic Alexander Magnus cum Callisthenis & coniuratorum perduellium capita peterentur, nec se iudicem ferre, nec iudicio interesse iustum putavit; ex Q. Curtio Zach. Friderinch. *Polit. C.* 24. Atque hæc ita si res Principi supremo cum subditis suis. Vid. Trentacinq. 2. *Resol.* 5. *de Iudic. n.* 2. Sane in aurea bulla Caroli IV. *Cap.* 5. habetur Imperatorem ex consuetudine se sistere & respondere coram Electore Palatino, iudicio tamen in Curia ipsiusmet Imperatoris instituto, vid. Matth. Steph. *Lib. 2. de Iurisd. P. 1. C. 1. n.* 54. Gothofr. Anton. *Disput. apologet. adv. Vulsei Th.* 34. *& seqq.* Marq. Freher. *Orig. Palatin. Cap.* 15. ubi subdit quod *Lib. 1. iur. Sax. Art.* 8 *&* 9. dicitur, ob caussas ibi expressas Imperatorem aurea securi percuti manu Palatini Rheni, eo nihil delirius febrientem ullum somniasse. Rex Franciæ quoque a Senatu Parisiensi ius sibi dici patitur, dum procuratorio nomine agitur, qua re nihil illius maiestati decedere putant, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 315. Adrian. Pulvæ. *Orat. de Advocat. privil. fori p.* 62. Goth. *in L. un. C. Ne quis in sua caus. iud.* Principi autem inferiori vel statui imperii, si lis sit cum subdito vel civitate sua agenti, ea in Camera disceptanda, Mynsin. 5. *Obs.* 1. non vero ut Knich *d. Cap.* 1. *n.* 382. coram consiliariis, P. Frider. *Lib. 1. de Process. iudic. Cap.* 17. *n.* 10. Excipit tamen Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 18. nisi inveterata consuetudine vel speciali privilegio receptum, ut coram Curia provinciali caussa tractari possit, vid. Matth. Steph. *Lib. 2. de Iurisd. P. 1. Cap.* 3. *n.* 55. *& n.* 59. Idem servari si a subdito vel civitate princeps conveniatur, itaque post multam disputationem obtinuisse scribit Mynsing. *d. Obs.* 1. & addit. *Obs.* Hart. Hartmanni 1. *de Iudic.* In quo diss. Gail. *d. Obs.* 1. *n.* 19. Sane Elector Saxonum coram curia Lipsiensi ex ordinatione eiusdem agit & convenitur, Zang. *de Except. P. 2. Cap. 1. n.* 142. ubi & usu receptum testatur, ut nobiles ditionum Saxoniæ rusticos suos coram iudice & scabinis pagi conveniant. Nam & consuetudine effici posse sentiunt, ut iudex quis sit in caussa sua, Gail. *d. Obs.* 1. *n.* 18. Trentacinq. *d. Resol.* 5. *n.* 11. *per. text. Cap. in fin. de pœn. in* 6. Qua & inductum esse; ut Episcopus caussam propriam non quidem ipse iudicare, alii tamen diiudicandam mandare possit, refert Paurmeist. *Lib. 2. de Iurisd. Cap.* 7. *n.* 48. Quæ non levibus argumentis, si hic locus esset & liberet, impugnari possent. Et statutum eiusmodi valere, sed in caussis modicis, nec magni præiudicii, Tiraq. *Tr. de Iudic in reb. exig. for. initio.* Quanquam & in inferioribus a principe regulam aliquot modis declarare & restringere soleant Georg. Acac. Enenkel. *Lib. 1. de Privileg. Cap.* 7. *n.* 22 *& seqq.* Trentacinq. *d. Resol.* 5. ubi inter alias, exceptionem tradit in facto notorio, ubi potius exsecutor quam iudex videtur. Hinc magistratum vel iudicem iniuriam sibi in iudicii, seu intuitu officii, non odio personæ illatam punire ipsum posse, statuunt si notoria sit, Gail. 1. *Obs.* 39. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 50. *n.* 1. Secus si ut privato ob inimicitias privatas, Decian. *Lib. 4. Tr. crim. C.* 43. Fachinæ. *Lib. 2. Cons.* 59. *n.* 9. Aliter Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 309. vindicationem ita permittens, si modica castigatione coerceri possit. Quod si gravior verberum vel capitis animadversio necessaria, iudicio abstinendum censet, nisi collegio alicui illata sit, ubi universis licere possunt, quæ singulis non licent. De exceptione quoque incompetentiæ & an sua iurisdictio sit, iudex ipse, cuius forum quis declinat cognoscit *L. 5. de iudic.* pœnamque in contumacem statuit *L. 2. Si quis in ius vo. non ier.* de quo Marta *de Iurisd. P. 2. C.* 4. Sed ibi non tam de suo, sibi privatim competente, quam Reipublicæ negotio cognoscit, cum nullum inde damnum vel commodum sibi suo nomine expectet, sed Reipublicæ eo ipso quod magistratus, seu iudex sit, Duar. *de Iudic. Cap. de Foro compet. f.* 867. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 7. *&* 8. Freher. *Lib. 3. de Infam. Cap.* 29. *n.* 8. Matth. Steph. *Lib. 1. de Iurisd. Cap.* 34. *n.* 15. Denique regulæ tantum locus in iis, quæ sunt iurisdictionis contentiosæ, si tertii alicuius damnum vertatur. Aliud est in voluntaria, cuius actus apud se exsequi magistratus potest, *L. 4. de adopt. L. 5. de manum. vind.* Obrecht. *de Iurisd. Cap.* 12. *n.* 18. & alii passim.

el tutelam videri in medio constitutam, ne quisquam sibi ipsi permittere auderet ultionem. Idque ita constituendi caussam indicat illa regula iuris, non esse singulis concedendum, quod per magistratum possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi. *L. non est singulis*, *D. de reg. iur.* At hæc omnis exsecutio recte magistratibus commissa est. Hi enim pro sua prudentia facile quid sit æquum, quid iustum, videbunt: de eo ut in re aliena recte & sine studio partium statuent: constitutum pro imperio & iurisdictione sine tumultu & iniuria exsequentur.

V. Sed hoc ita ius est, nisi qua necessitas cogat ante occurrere, quam ad iudicem veniatur. Idcirco enim placet prius adeundum esse iudicem, non ut quisquam privatus suum amittat, sed ut id meliore & æquiore via consequatur. Quod si periculum erit, ne exspectato iudice vulnus accipiat privatus, post quod serum sit auxilium iudicis: est contra sententiam superioris iuris, cogi quemquam id remedium exspectare. Hac de caussa etiam privatis ad ius suum obtinendum nonnunquam [3] vis privata concessa est. Concessa autem in his caussis, ad defensionem sui, & ad iuris sui adversus fugientes persecutionem. In defensione, adversus vim quæ personæ aut rebus nostris inferatur, omnis est iusta etiam per vim defensio. De quo hæc constans veterum definitio est, vim vi repellere, defendere, propulsare omni [4] iure atque omnibus legibus licere, traditum his locis, *L. 3. D. de iust. & iur. L. scientiam*, *§. qui cum aliter*, *D. ad leg. Aquil. L. 1. §. vim vi. D. unde vi. L. 1. C. unde vi.* Cuius iuris ratio redditur in *L. 1. C. quand. lic. unic. sine iud. se vind.* ratio ea, quam supra indicavi, quia melius sit occurrere in tempore, quam post factum vindicare, quod serum sit punire iudicio: ut scilicet nulla ultione aut remedio rem salvam præstare possis. Pro quo in alia re, eadem tamen sententia Iustinianus dixit, melius esse intacta nostra servari, quam post vulnus acceptum remedium quærere. *L. ult.* in fin. *C. in quib. cau. in int. rest. necess. non est.* Neque hoc in [5] vi concessum est tantum adversus latrones & eos qui vitæ & corpori periculum intentent; sed etiam adversus omnes qui res nostras invadunt, quas adversus eam vim velimus tueri. De priore genere cautum est nominatim in *L. 1. C quan. lice uni. sine iud. se vind.* Sed ius patet latius, pertinetque ad omnem vim, etiam quæ in res nostras [6] infertur. De quo est in *L. 1. C. unde vi. L. 1. §. vim vi, D. eod.* vim vi repellere licere cum dicimus, nem-

3) Vis permissa, ubi ius obtineri nequit, Confer. Dantes Aligher. *Lib. 2. de Monarchia fol. 93. in Synt. tract. de iurisd. imperiali, &c.* Et Bald. *in Cap. olim n. 2. extra de rescr.* ref. Matth. Steph. *Lib. 1. de Iurisd. Cap. 34. n. 21.* Initio utendum esse verbis, id est amica conventione, deinde herbis, id est iuris remediis, tertio lapidibus, ut ubi non sufficit virtutis ingenium, valeat armorum præsidium.

4) Etiam naturali *d. L. 1. §. 27. L. 1. §. 11. Si quadr. paup. L. 6. Cod. de vi publ. & simil.* Cuius iuris, a iure gentium separati, ea est defensio, quæ fit contra vim a furioso, dormiente, bestiis, quæ iniuriæ inferendæ incapaces, illatam. Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap. 10. n. 16.* (ubi in seqq. refellit eos qui ob moderamen inculpatæ tutelæ, iuri civili defensionem hanc adscribunt.) & Zoan. *Defens tripart. P. 1. n. 22.* propulsationem iniuriæ esse iuris gentium *L. 3. de I. & I.* vis autem iniuria vacantis, iuris naturæ, add *not. supra Lib. 1. C. 7. N. 7. & 9.* Quin non licita solum defensio, sed & necessaria ac ea præordinata charitate iniuncta, ne quis in semetipsum sit iniurius. Zoan. *d. P. 1. n. 3. & seqq.* Et nec per principem vel statutum tolli potest. Forst. *Lib. 2. de Iurisd. Rom. P 2. Lege Numa 9. Sect. 4. n. 11.* scite Guicciard. *Lib. 10. Hist.* Quin si vis vitæ intentetur, etiam contra principem ipsum, licitam tradit, post Vasq. *ill. Contr. 18. n. 7.* Trentacinq. *Pract. Resol. Lib. 1. Tit. de defens. Resol. 1. n. 5. in fin. ad d.* Bodin. *3. de Rep. 8. n. 308.* ubi in aliis, quando damnum sarciri potest, nec magistratui iure obsisti posse statuit, in quo diss. Forst. *d P. 2. Sect. ult.*

5) Etsi nec dum illata sit. Est enim defensio imminentis offensionis propulsatio. Nec exspectari debet prior percussio, ut quidam, arg. *L. 52. §. 1. ad L. Aq* sed sufficit terror & signa voluntatis nocendi manifesta, quia & iustus metus non tantum præsentis periculi, sed & propinqui Quin occurrere in tempore & prævenire tutius, Mat. Salomon. *in L. 3. de I. & I. fol. 7.* Forst. *d. P. 2 L. Numa. 9. Sect. 4. n. 7. & 8.* Et eo magis iusta defensio, quæ fit vitandæ iniuriæ caussa, ac ne offendaris; quam quæ post iniuriam acceptam, Guicciard. *Hypomn. polit. 117.* Quin immo is vere propulsat qui prævenit, nec vim admittit, Donell. noster *ad L. 1. C. Unde vi. n. 3.* Solæ tamen minæ non sufficiunt, sed si adoriens sit in actu eas iam in effectum mittendi, gladium stringendo, &c. Zoan. *Defens. tripart. P. 2. n. 48.* Wes. *in L. 1. C. Quan. lic. unic si. iud. n. 9.* Nec tantum si corpori nostro intentetur, sed & si coniunctorum, vid. Tessaur. *Decis. 178.* Trentacinq. *d. Resol. 1. n. 5.* Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap. 10. n. 3.* Zoan. *Defens. tripar. P. 1. n. 56. & seqq.* Nam rem suam solum curans nihil ab immanissimis feris distat. Quin feræ ipsæ pro fœtibus suis dimicant. Et pati suos iniuria affici servile est, Aristot. *4. Ethic. 5 Al. 11.* (Et studiosum posse socium defendere tradit Rebuff. *Privil. scholast.* 103. diss. Vaud. *2. Quæst. 29. n. 6.*) Quin imo etiam extraneorum, Bocer. *d. Cap. 10. n. 4.* Trentacinq *d. n. 5.* communem perhibens. Iniustus enim non tantum qui infert iniuriam innocenti, sed & qui, cum possit, non defendit, Cicero *1. Off. P. 16.* Ac sane qui communem naturæ cognationem, quæ sub uno parente est, Quintil. *Declam. 9. L. 3. de I. & I.* violat, communi odio dignus. Qui vinculum cognationis, quantum in se est, solvit, nec erga eum iure cognationis alii tenentur. Unde sunt qui cuiusvis etiam extranei defensionem a vi iniusta non permissam tantum, sed & necessariam statuant, modo commode possit, de quo vid. Wes. *in L. 1. C. Quan. lic. unici. si. ind. n. 25. & seqq.*

6) De quo vid. Vasq. *1. Ill. Contr. 2. n. 4. & 5 & C. 18. n. 5. & Lib. 2. Cap. 57. n. 8. & seqq.* Trentacinq. *d. Resol. 1. n. 5.* Zoan. *Defens. tripart. P. 1. n. 3. & seqq.* Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap. 9.* ubi ita impunis est occisio, si defensio cum periculo corporis coniuncta. Bocer. *d. Cap. 9. n. 2.* Brisius *ad L. 5. pr. ad L. Aq. n 6.* etiam si res aliter salvæ esse non possunt, Zoan. *d lo n. 4.* cum hoc damnum sarciri deinde possit. Idem volunt pro defensione honoris, cum fama vitæ comparetur, Trentacinq. *d. Resol. 1. n. 5.* vid. Bocer. *d. Lib. 2. Cap. 8.* Vasq. *1. Ill. Contr. Cap. 11. & C. 18. n. 13. &c.* Marq. Freher. *Lib. 2. de Existimat. Cap. 8. n. 10. & seqq.* Horat. Carpan. *in Cap. Homicidii Novar. const. Mediol. n. 354. & seqq* Sed hæc, quia proprie ad ius publicum spectant, & a nostro instituto hic attinguntur, plenius non exsequor.

nempe hoc dicimus, quidquid adversus eum, qui vim inferebat, admissum sit, quod illi noceret, sive vulneraverimus, sive quid eius ruperimus, fregerimus, sive etiam eum occiderimus, dum vis depellendæ caussa fiat, impunitum esse, quia quod iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. ad leg. Iul. de adulte.* confirmaturque in hac specie in *d. L. 1. C. quan. lic. unicui. d. L. scientiam, §. qui cum aliter, ad leg. Aquil.*

VI. Sed ut hæc vis ex legibus fit, eoque impunita, duæ sunt in ea cautiones. Una ut vere [7] defendendi nostri caussa adhibeatur, non ulciscendi. Altera ut insit in ea moderatio inculpatæ tutelæ. Primum ita vis concessa est, si adhibeatur iniuriæ quæ infertur depellendæ & propulsandæ caussa. Id eam vim habet, ut ita demum iusta sit, si quid a nobis tuendi tantum nostri caussa fiat, non etiam ulciscendi. Quippe depellere & propulsare vim est, eam quæ infertur arcere, ne ad nos iniuria perveniat. Idque ita diserte definitum in *d. L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.* Proinde si quis accepta iniuria, eum qui intulit, fugientem [8] persequatur, & aliquid in eum admittat durius, quod nulla iniuria accepta legibus teneretur, etiam nunc tenebitur iisdem legibus, nec ad defensionem superioris iuris pertinebit. Apparet enim iam non propulsandæ iniuriæ caussa eum fecisse, quam iam acceperat; sed acceptæ ulciscendæ quod concessum non est.

VII. Sed etsi tuendi & defendendi nostri caussa vim adhibuimus, sic vis esse debet, ut hunc modum non excedat, habeatque eam quam ante diximus, moderationem inculpatæ tutelæ: cautio nominatim addita in *L. 1. C. unde vi.* Inculpatam tutelam certum est eandem esse, quæ & innoxiorum, seu innoxia [9] dicitur, in *d. L. scientiam, §. qui cum aliter, ad leg. Aquil.* ut non dubium sit, quin quæ illic definitur innoxia, ea ipsa intelligi debeat, quam nunc inculpatam dicimus. Ea autem illic sic describitur, quidquid factum est ab aliquo, cum se aliter tueri [10] non posset. Quod an servatum non sit æstimari maxime potest partim ex personis inferentis & depellentis, partim ex loco in quo ante pugnam consistebatur.

VIII. Ex personis, ut si adolescentulus inermis vim inferebat, aut muliercula, aut homo ebrius qui consistere pedibus non posset: cui autem inferebatur, homo erat robustus, & qui solum manu comprimere aggredientem facile potuit. Hic si processerit ad verbera, aut vulnus, aut cædem, dicemus eum non servasse [11] modum inculpatæ tutelæ, quem quærimus:

7) Confestim in ipso acto congressus *L. 3. §. 9. L. 17. de vi arm.* Sic Athenis accusatione ex lege Draconis non tenebatur, [illegible] statim pellendo aggressorem interemerat. Quia ut Demosthenes illud [illegible] abstulit tempus deliberandi ac cogitandi malum, Ioach. Steph. *Lib. 2. de iurisd. Cap. 15. n. 19.* Confestim autem fit, etsi aliquod minimum spatium intervenerit; Modo non tantum ut præsenti periculo ereptus denuo armis pugnam redintegret, *Cap. significasti Cap. ultim. extra de homicid. Forst. d. Sect. 4. n. 20. & seqq.* vid Trentacinq. *d. Resol. 1. n. 16.* Ultio itaque omnis vetita. Perrenon. 2. *Animadv.* 18. Cuiac. 5. *Obs.* 18. Confer Io. Spinæ. *Lib. 3. de Tranquil. animi pag. 314. & seqq.* Et omnino absona Lex municipii cuiusdam Italici, quæ vindictam permittit, cuius meminit, nec probat Menoch. *Arb. Cas.* 262. *n.* 2. Præsumitur autem in aggresso defensio potius quam vindicta, vid. Gail. 2. *Obs.* 110. *n.* 15.

8) Quia cum defensio nulla sit sine offensione, quamdiu urget aggressor, tandiu propulsationi insistendum. Qui si pedem cœpit referre, cessat necessitas, nisi id animo pugnam redintegrandi facere eum appareat. Forst. *dict. Sect. 4. n. 5. & 6.* Si tamen fugientem, a quo prius læsus, persequens necaverit; culpæ non doli reum esse, nec capite, sed extraordinarie plectendum volunt, Tiraq. *de Pœn. tempor. Cap. 1. n. 9. Zoan. Defens. tripart. P. 2. n. 62. & seqq.*

9) Defensione æquabili & ab omni culpa remota, Cuiac. 5. *Obs.* 18. Quæ in quibus consistat, cum iure certo proditum non sit, ex schola interpretum definiendum, Forst. *de iurisd, Rom. P. 2. Leg Numæ 9 Sect. 4. n. 9* Consistere autem vulgo perhibent in tribus: Modo, tempore, caussa, Zoan. *Defens. tripart. P.* 2. noviss. Trentacinq *pract. Resolut. Lib. 1. Resolut. 1. de Defens. n. 3. & seqq.* Aliter Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap. 10. n. 30. & seqq.* duas partes constituens, Repercussionem periculi imminentis, & propulsationem eiusdem proportionatam.

10) Vultei. *in Leg. 1. Cod. Quan. lic. unic. si. ind.* Moderamen, ait, in eo ut dispiciatur, an alio modo vitæ, famæ, bonis prospicere potuerit, ut occidere necesse non habuerit. Si potuit, modum excessit. Qui excessus tamen culpa non vacans, extra ordinem mitius punitur. Tiraq. *de Pœn. temp. Cap. 1. n. 6.* Gail. 2. *Obs. 110. n. 15. & seqq.* Bocer. *d. Cap. 10. n.* 60. Quod licet quidam ita declarent, modo non dolosus fuerit, ac data opera atque ex proæresi quis insultantem interemerit, Zoan. *d. P. 2. n. 76. & n.* 84. alii tamen communius distinctionem reprobant, Trentacinq. *d. Resolut. 1. n. 14.* Tiraq. *d. Cap. 1. n. 8.* Horat. Carpan. *in Cap. Homicida Novar. const. Mediol. n.* 475. Forst. *d. lo. Sect. 5. n. 3.* quia provocatus & iusto dolore commotus, ut in vero dolo fuerit, a quo vel fatua caussa excusat, vix esse potest. Quin dolore iræ modum excessisse credendus. Ergo per *L. 48. de R. I. & simil.* Quin immo si in ipso insultu modum aliquantum prætergressus: impune plane ferre volunt, quos refert Bocer. *d. Cap. 10. n.* 65 Sed quid si fuga saluti consulere possit, num ea arripienda? Variant nostri nec uno modo. Alii affirmant. Alii inter conditionem personarum, an propudiosa illis fuga futura, distinguunt. Alii indistincte negant, cum omnia iura non dicant vim fugiendam, sed repellendam. Et *tueri* defendendi significationem habeat, non fugiendi. Salomon. *in L. 3. de I. & I. fol. 9. col. 2.* Et quia fuga præterquam quod ignominiosa, etiam periculosa, animosiorem reddens adversarium. Unde neminem cuiuscunque conditionis sit, fugere teneri volunt, Zoan. *d. P. 2. n. 8. & seq.* Forst. *d. lo Sect. 4. n. 29. & seqq.* Freher. *Lib 3. de Infam. C. 25. n.* 21. Trentacinq. *d. Resol. 1. n.* 5. post alios, quos allegat, ex communi sententia idem statuens, etsi sine periculo fugere possit: quod reprobat Bocer. *d. Cap. 10. n.* 46.

11) Sic converso casu, nullus excessus, si robustior inermis, manus robore fretus, debiliorem pugione armatum invadat. Nec semper paritas armorum requiritur, Don. *ad L. 1. C. Unde vi n. 7.* Quin nulla de hoc in LL. mentio. Et aggressor certe deliberato animo invadit imparatum. Quid igitur si gladio cinctus adoriatur bombardam tenentem? Quid si iniectione manus gulam frangere tentet, anne

mus: propterea quod aliter se tueri potuit, quam cædendo, & verberando; quod ex personarum qualitate promptum est existimare: proinde quod hic factum sit, inultum non fert, etiamsi qui fecit, male meritum ultus fuerit.

IX. Ex loco idem intelligi potest, si quis cum domi esset, & se septus ædium occluso ostio posset tueri, nihilominus adversario provocante prodire maluit, & congredi. Congressus si adversarium vulneravit, aut occidit: etiamsi in ipso congressu non potuit aliter se tueri, quam si vulneraret, aut occideret, non dubitabimus tamen dicere eum moderationem inculpatæ tutelæ non servasse ex definitione superiore: quia ab initio satis potuerit se tueri domi manendo, nec fuerit necesse egredi ad hostem armis reprimendum, qui domi manenti vim facere non potuit. Quare & hic beneficio inculpatæ defensionis exclusus non minus tenebitur, quam si non provocatus [12] cædem admisisset.

X. Interdum & tunc cum de nostro tenendo non agitur, sed de eo quod iam abest persequendo, vis nobis concessa est, qua liceat, debitorem sistere, & ei quod debetur, impune auferre. Id receptum est adversus [13] debitorem fugientem, & secum ferentem pecuniam. Quem si creditor consecutus sit, & abstulit ei quod debebat, placet iure factum videri & ablatam pecuniam aut solius auferentis manere, aut si bona debitoris iam possessa essent a creditoribus, hanc eum pecuniam in commune conferre debere. Hoc in *L. ait*, *§. si debitorem*, *D. quæ in fraud. credit.* quorum certe neutrum fieret, si vis hæc non esset impunita; quoniam qui ita abstulisset, ius crediti amisisset, eoque & pecuniam restituere deberet debitori. *L. exstat*, *D. quod met. caus.* Quod si adver-

ac pugio, si quem invasus teneat, abiiciendus? Vid. Forst. *d. Sect. n.* 12. *& seq.* Trentacinq. *d. Res.* 1. *n.* 7. *& seqq.* Ioan. *d. P.* 3. *n.* 1. Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 57. *& seqq.* Denique quando & quantus excessus commissus, iudex ex qualitatibus definiet, Menoch. *Arb. Cas.* 277. Bucer. *d. lo. n.* 60. De probatione defensionis, cuius multa singularia, cum semiplena sufficiat aliquando, per unum, minus idoneos, coniunctos, &c. Vid. *Nov. Elect. Sax. Augusti* 8. *P.* 4. Wes. *in L.* 1. *Cod. Quan. lic. unic. sin. iud. n.* 48. *& seqq.* Horat. Carpan. *in Cap. Homicida Nov Const. Mediol. n.* 456. *& seqq.* Pachinæ. *Lib.* 3. *Cons.* 1. *n.* 14. *& seqq.* Forst. *d. Sect. n.* 4. 35. *& seq.* Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 68. *& seq.* Etsi autem cædes ex defensione, cum modo æquo & pari facta, legitima; apud Hebræos tamen patiter ac Romanos etiam iusta nece perpetrata, expiationes necessariæ, nec ante cruorem abluebant, quam expiati essent, qum manibus impuri dicebantur, ut notat Turneb. *in Schol. ad illa. Horat.* 2. *carm.* 1.

Needum expiatis uncta cruoribus,

&c. Et Philo *Lib.* 1. *de Vita Moysis non longe a fine*. Israelitas a prælio reduces per Pontificem maximum piacularibus sacris susceptis cæde expiatos refert. Nam, ait, ut legitima hostium cædes sit: attamen qui hominem necat, quanquam iure, quanquam vim propulsans, quanquam coactus, extra noxam non videtur propter ultimam illam hominum inter ipsos communionem. De quibus expiationibus vid. P. Greg. 36. *Synt.* 21. *n.* 1. Sc. Gentil. 2. *Parerg.* 13. Forner. 5. *Rer. quotid.* 24. Paul. Cypræ. *de Sponsal.* §. 79.

12) Minime. Quamvis enim provocatus ad certamen illud acceptare, non tantum non teneatur, sed nec debeat, quoties iniuria vindicari potest, ut recte contra quosdam Bocer. *Lib.* 2. *de Duello Cap.* 8. ignoscendum tamen ei, qui voluit se ulcisci provocatus, ut iunt verba Ulp. *in L.* 14. §. 6. *de bon. libert.* Indulgendumque aliquid iustæ commotioni. Ideoque si provocans victus & necatus fuerit, (ut plerumque fit, Io. Bapt. Lenc. *Obs. Polit.* 341.) pœnæ arbitrariæ locus, Bocer. *d. C.* 8. *n.* 19. Tiraq. *de Pœn. temp. Cap.* 1. *n.* 9. *& seqq.* Forst. *de Iurisd. Rom. P.* 2. *lege Nuero* 9. *Sect.* 5. *n.* 5. Quod in ius regionibus certa lege obtinet. *Nov. Elect. Sax. Augusti* 10. *P.* 4. ubi Moller. De origine singularium certaminum, qui lites ita definiri permiserint, quando item licita vel toleranda sint, pluribus Alc. *Lib. de Sing. certam.* Hotom. 3. *Obser.* 15. Raim. Cors. 3. *Indag.* 10. Bodin. 4. *de Rep.* 7. *n.* 473. *& seqq.* Dantes Aligh. *Lib.* 2. *de Monarchia p.* 93. *& seqq.* Vasq. 1. *ill. Contr.* 11. *n.* 35. *& seqq. & Cap.* 12. *toto*, *& Cap.* 49. *toto*, Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de via Iur. Cap.* 32. *n.* 15. *& seqq.* Henr. Bocer. *Lib.* 2. *de Iure pugna. qui est de duello*, Phil. Camer. *Oper. subcis. Cent.* 2. *C.* 19. *&* 2. *seqq.* &c. (*)

(*) Vid. Constit. BENED. XIV. incip. *Detestabilem* edit. IV. id. Nov. 1752.

13) Manu iniecta illico, inque articulo ipso ac momento, sine iudice iudiciove fugienti, qui nec iuris nec ordinis spatium ullum relinquit creditori, inquit Cuiac. 16. *Obs.* 19. Vaud. 1. *Q.* 13. *n.* 10. Fugientem autem lex requirit. Quare aliud videtur si suspectus tantum de fuga, seu eam præparet, quia adest copia iudicis, Forcat. *Dial.* 96 *n.* 10. Licet vulgo idem in suspecto, creditori concedant, vid. Coler. *de Process. ex. P.* 1 *C.* 2. *n.* 100. *& seqq.* Marta *de Iurisd. P.* 2. *Cent.* 1. *Casu* 42. *n.* 23. *& seqq.* requirens tamen legitimam suspicionis probationem (quam iuramento creditoris fieri quoque negat. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 26.) & quod nova sit, nec eadem fuerit tempore obligationis contractæ, per *L.* 10. §. 1. *Qui satisd. cog.* Et ut debitum sit liquidum. Sane hoc omnino dandum puto ob suspicionem fugæ, capi posse etiam a iudice incompetenti, si competentis facultas desit, ut tamen deinde ad iudicem suum remittatur, ut recte P. Greg. 49. *Synt.* 1. *n.* 8. licet rationem eius non probem, quia quod propria licet auctoritate, magis & tutius fieri possit auctoritate iudicis cuiuscunque. Nam non licere puto auctoritate propria, quoties qualisqualis iudicis copia. Neque ad hoc ultimum vis privatæ remedium recurrendum, nisi extrema necessitate coacto, in prærupto periculo amittendæ rei suæ, Cuiac. 5. *Obs* 18. Sequestrari autem tunc res eius mobiles, si immobilia non possideat, possunt, Clud. *de iure sequestr. Cap.* 5. *Casu* 5. itemque arrestari moribus nostris. In fuga vero, & quoties omnis ordinarii medii via præcisa, capi etiam clericum debitorem, citra metum excommunicationis, posse, ut tamen intra 24. horas iudici suo tradatur, omnino dicendum est, Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 9. *n.* 18. Gutierez. 1. *Pract. QQ.* 82 & quos refert Marta *P.* 2 *Cent.* 1. *Cas.* 42. *n.* 6. licet ipse *n.* 11. *& n.* 19. *ac seqq.* contra sentiat, quia, arguens, si carceri mancipari nequit a suo iudice ob æs alienum, *C. Odoardus de solut.* minus poterit per laicum & privatum. Posse autem fugitivum etiam die feriato capi vulgo statuunt. Unde Ias *in L. unam* 22. *de reb. cred. n.* 4. *& seqq* infert posse quoque in æde sacra, quia valeat argumentatio e tempore ad locum. Sed consequentiam negat Matthæac. *Lib.* 2 *Epit. legat. Cap.* 23. *n.* 9. *& seq.* Quippe die festo esculenta venundari possunt, churreæ & tripudia duci, non tamen in templo. Contra sacrum quid furatus ex æde sacra, sacrilegus est, non si die feriato, &c. Quia vero debitum auferri lex permittit *d. L.* 10. §. 16. inde nonnulli putant non alias res eripi posse fugienti, sed speciem eandem quæ debetur, aut rem in suo genere functionem recipientem. Si aliud pro alio auferatur, impune non ferre, quia bis sibi ius diceret, & in re & in modo, Furcat. *Necyom. Dial.* 96. *n.* 10. Verum Menoch. *Arb. Cas* 616. *n.* 2. etiam ex aliis rebus, ad modum crediti, subtrahi posse 32. DD. auctoritate comprobat. Plura de fugitivorum conditione, fugæ requisitis, suspicionibus, &c. pete ex Gail. 2. *Obs.* 44. Menoch. *Arb. Cas.* 87. Io. Kœppen. *Q.* 29. Coler. *de Process. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 97. *& seqq.* Cothm. *sase Iuris. Resp.* 18. *n.* 271. *& seqq.*

adversus alium quenvis debitorem admissum est; multo magis probandum adversus [14] furem, quem fugientem & secum ferentem quod abstulit consecuti, hoc ipsum ei auferamus. Non dubium, quin & hoc eadem ratione receptum sit, qua superius illud de vi propulsanda. Nam & hic adversus fugientes eadem necessitas urget rei nostræ servandæ; quoniam si semel fuga evaserit fur ille aut debitor fugitivus, frustra eum requiramus postea, frustraque postea auxilium magistratus imploremus adversus eum qui non reperiatur, atque hoc modo res nobis certo perierit.

XI. Simile quiddam constitutum est adversus [15] curiales, & cohortales, idest eos, qui curiæ, vel officiis iudicum, vel aliis corporibus conditione personæ obnoxii sunt, si ii ab iis quibus sunt obnoxii, fugerint, nec operas debitas his præstarent. Placuit enim unicuique corpori in suos istos obnoxios manus iniectionem esse, ut comprehendantur & ab eo corpore vindicentur: hactenus tamen, ut ducantur ad iudicem qui primus in eo loco, ubi fugitivi prehensi sunt, se dabit: qui de conditione eorum cognoscet, & convictos promittet duci, ut eorum societati, a quibus fugerant, rursum aggregentur. Hoc in *L. 1. C. ubi quis de curi. vel cohort. aliave cond. conven. L. generali, C. de decur. lib.* 10. Ius tamen magis constitutum propter eam potestatem, quæ corporibus fuit in obnoxias istas personas, quam quod ulla necessitas rei servandæ hanc prehensionem exigeret: Quanquam & utilitas operarum publicarum, quæ ab his personis debentur, sine hac prehensione peritura Reipublicæ videri potest.

XII.

14) Nam cum fur nocturnus omnino, modo cum clamore testificetur, diurnus, si cum telo se defendat, impune necetur *L. 4. ad L. Aq. C. 3. extra de homicid.* Cuiac. 14. *Obs.* 15. & 19. *Obs.* 12. Forcat. *Dial.* 96. *n. 6*, multo magis capi poterit, Vultei. *ad L. 1. Cod. Quan. lic. unic. sin. iud.* n. 22. Sic nocturnum populatorem & viarum obsessorem, seu publicum latronem impune quilibet illico interimit *d. L. 1. & L. 2. C. Quan. unic. lic.* Neque in eo requiritur, ut vel prior ipse invadat vel telo se defendat, Forcat. *Dial.* 96. *n.* 11. Quamquam Vultei *ibid. n. 14. & seqq.* putet non invadentem invadi non posse, sed repulsionem vis illatæ liberiorem esse, nec ad moderamen inculpatæ tutelæ adstrictam. Sed nec verbales minas sufficere, etsi eas exsequi solitus sit, cum contra eas per magistratus auxilium sibi cavere liceat: sed minas cum ipso facto requiri, cum latro in ipso actu est, unde mors sequi possit. Aliter nec occidi impune, etsi qui occiderit non ordinarie plectendus sit. Quæ non probo, nec verbis aut menti Imperatorum consona puto. Quin omnino id vult constitutio *d. L. 1.* ut *libera sit cuicunque resistendi*, id est non tantum vi sibi intentatæ, sed generaliter conatui improbo agros vel segetes vastandi vel obvios viatores expilandi, &c. *facultas & licentia cuicunque permissa ut digno supplicio subiugetur illico*, quæ vocula hic non arguit quasi ex intervallo post vim illatam latro necari non debeat a privato, ut Vult. neque enim sic conveniunt, quin repugnant verba seqq. *vobis permittimus ultionem*, sed admonitionem continet, ac maturandæ necis necessitatem innuit, ut videl. *illico* confestim, vel incautus nec opinans opprimatur, priusquam vel populator nocturnus vastationem peregerit, vel latro se ad defensionem parare possit, *ne mortem quam minabatur*, non ei tantum qui occidendo eum securitatem in posterum omnibus parit, sed generaliter cuicunque prætereunti, *excipiat*. Conveniunt plane rationes subiectæ. Atque expedit ita statui, & ex usu Reipublicæ est ut famosos latrones itinera publica infestantes cuivis vel ex insidiis adoriendi opprimendi necandi, itaque patriam & cives a pernicie imminenti liberandi liberrima detur facultas. Ac tantum abest, ut qui non invadentem latronem prior ipse aggressus vicit, extra ordinem coercendus sit, ut potius audax facinus præmio honorandum videatur. arg. *L. 35. de relig.* Idemque dicendum si astute circumveniendo oppresserit, veluti si simulando se socium & participem facinorum fore deceperit; cuiusmodi exemplum habet Apulei. 7. *Metam.* Et dum Imperatores sic alloquuntur Provinciales: *Vestram vobis permittimus ultionem*, non vindictam tantum læso privatæ iniuriæ concedunt, sed quia solus omnium impetitur, popularem & cuivis liberam iniuriæ civibus suis vel illatæ, vel in posterum sibi aliisque metuendæ, vindictam permittunt, ut docet *L. seq.* verbis: *exercenda publica ultionis*. Subiicitur: *Et quod serum est punire iudicio, subiugamus edicto.* Quia periculum est, ne si magistratus præsidium imploretur, detur elabendi facultas latroni, eiusque persecutio ipsi iudici difficilis futura sit, aut saltem interim plurimum damni aliis latro inferat. Nec igitur misericordia cuiquam facienda, per quam multi in discrimen adducuntur, *C. est iniusta 33. Cap. 23 Quæst* 4 Pone ergo: Latrociniis infamis, nullique nec nomine nec voltu ignotus, dum, viam obsidens, insidias peregrinantibus molitur, offenditur a milite strenuo & pugnaci, aut ab alio etiam in latebra quadam sua, extra viam, dormiens deprehenditur. Quæritur, ne an laudi an vitio vertendum, si vel ille vir fortis nihil sibi minitantem, quod resistentiam vereretur, ultro adoriatur, vel hic, quicunque, somno sepultum interimat nece nocentis, vitæ & fortunis innocentium consulturus? Laudi utique opinor, cum latrones interni sint hostes, qui ut illicite offendunt, licite a quibusvis offenduntur, nec meliore, quin nec eodem quo veri hostes externi, sed deteriori iure eos esse oportet. Ergo per *L. 3. §. ult. de sicar. L. 35 de relig.* Nec cum iis ulla societas iurisve communio, qui societatis civilis eversionem moliuntur, quique a communione se subtraxerunt, atque, ut loquitur Florus *Lib.* 3. fœdus humani generis abruperunt. Bodin. 1. *de Rep.* 1 A. Gentil. 1. *de iure belli Cap.* 4. Iure quoque Canonis tantum, & leviter, punitur, qui latronem necavit, ubi absque occisione comprehendi potuit, *Cap. 2. extra de homicid.* Et constitutiones Imperii impunem faciunt offensionem proscriptorum. Hoc notandum in *d. L. 1. C. Quan. lic. unic.* coniungi nocturnum populatorem (non furem, ut Cuiac. 14. *Obs* 15. & Vult. *ad d. L. 1. n.* 18. Populator enim dici potest etsi non animo furandi, sed tantum nocendi ex odio, &c. agros vastet, ut recte Accurs. Et est hic unus, opinor, casus, quo ob rerum defensionem cædes licita est, intuitu tamen non tam offensæ privatæ, damnique illati, quam quietis publicæ.) & itinera frequentata (atque ita de die) insidiis aggressionis obsidentem. In utrumque ius liberæ offensionis, & publicæ ultionis datur. Peccant vero DD dum ex *d. L. 1.* eliciunt quemvis inimicum privatum, qui necem alicui minitatus est, posse vel in ipso articulo minarum, vel cum commodum erit ab adversario præveniente necari, ut Bald. in *d. L.* 1, quod Castrens. ita restringit, modo minas exsequi solitus fuerit, ref. Sic. *ibid. n.* 3. Et hoc quidem est quod iustissime Vult. reprehendit. Sed in eo pariter cum aliis peccat, quod de tali inimico privato *d. L.* 1. exaudit & ad eum verba Imperatorum accommodat, de quo nec somniasse illos mihi probabile est.

15) Curiales qui? vid. Decian. *Tr. crim. Lib. 4. C. 14. n.* 3. Vult. *ad d L. 1. C. Ubi quis de cur. n.* 12. aliis corporibus: id est societati cuicunque approbatæ, naviculariorum, pistorum, &c. Vult *d L. n.* 15. Comprehendi autem tantum possunt a sociis illorum corporum, quorum interest, per verba *d. L* 1. *quos aufugit* Vult. n. 23. Unde Bald. in *d. L.* 1. regulam facit: Quiconque debet obedientiam perpetuam, ut monachus, uxor, liberi, auctoritate propria capi & convictos ad obedientiam reduci posse, Vult. *n.* 24. ubi idem in subdito censet, ut is si se iurisdictioni magistratus subtrahat, retrahi possit: de quo & Bodin. 1. *de Rep. 6. sub fin.*

XII. Sed his [16] exceptis, quæ partim necessitas, partim ius personarum concedit, quæ ex infinitis sunt paucissima, ius id commune est, quod supra posuimus, valetque in omnes, ut ne quis ius sibi dicat in re sua, sed si quid sibi præstari vult ab alio, neque ab eo impetrat, id per iudicem & magistratum reposcere debeat. Ius non primum cautum decreto Divi Marci, quod est in *L. exstat, quod met. caus.* sed quod valuerit iam ab initio in Republica, & ad quod demonstrandum omnia quæ de iurisdictione magistratuum, & de actionibus dandis prodita sunt, referuntur. Quod enim dicitur magistratus esse constitutos, qui iuridicendo præsint, & iura in civitate reddere possint: *L. 2. §. post originem, D. de orig. iur.* nihil aliud declarat, quam in civitate nullos esse, qui sibi privatim ius dicere possint, aut aliis. Observandum & illud, quidquid est quod de rebus ad nos pertinentibus persequendis ius nobis concedit, nihil amplius esse, quam actionem: quam unam perpetuo prætores in omnibus edictis se daturos pollicentur. In quo ex definitione actionis hoc dicere intelliguntur, se potestatem facturos rem de qua edicunt, iudicio persequendi, nihil præterea. Non enim aliud est actio, quam ius persequendi iudicio, quod nobis debetur. *Inst. de act.* in princ. Quanquam & pro verbo actionis sæpe iudicii verbo utuntur, pollicenturque se iudicium daturos. Non est autem iudicium nisi magistratus & iudicum.

XIII. Non quivis magistratus eam vim interponere potest, quam dicimus, ne forte quemlibet magistratum de iure nostro obtinendo nobis adeundum putemus. Eum esse oportet, cuius de ea re est iurisdictio. Sed hoc quia ad rectam iudicii ordinationem pertinet, de eo postea neque ita multo post in iudicii informatione dicemus.

CAP.

16) Etsi namque & alii casus a nonnullis referantur, Forcat. *Dial. 96. n. 5. & seqq.* Vix tamen convenientes illi, qui vel ad hos reduci possunt, vel regulæ non insunt. Quod enim in nostrum immissum vel ædificatum destruere licere volunt, vid. supra *Lib. 15. C. 46. N. 16.* in eo vis rebus illata propulsatur. Quod patri ius est adulteram necandi, in eo reliquiæ tenues veteris iuris vitæ & necis, ut notavi *supra Lib. 2. C. 25. N. 2.* proinde potestatem suam exercet pater, non sibi ius dicit. Sicuti nemo dicit cum dominus servum, pater filium iure suo castigat, eo ipso ius sibi dicere. Wes. *in t. C. Ne quis in sua C. n. 23.* Quod pactione effici tradunt ut creditor ex mora, sua auctoritate possessionem debitoris occupet, controversum valde, & alio forte loco a nobis tractabitur. Quod quis a se ipso quandoque exigat, ut tutor debens pupillo, inconsulto iudice, ut Forcat. *d. l. n. 10* ridiculum pene est. Neque enim agere iudicio, & exigere, quod extra iudicium fieri potest, paria. Et si hic casus de regula superiori est, eique exemptus, idem erit in omni solutione, quæ fit vel accipitur extra iudicium. Quo quid ineptius? Sicuti nec illud probandum quod scribit Cujac. *in Par. C. Ne quis in sua ca.* hodie receptum esse cum de sportulis iudiciariis agitur, ut sit in ea re idem adversarius & iudex. Denique nec per confessionem suam vel iuramentum de caussa sua quis iudicat, sed veritatem facti, caussam concernentis indicat. Wes. *in d. tit. C. n. 44.*

CAP. III.

Ut quis cogatur petenti quid præstare, iudicium præcedere debere. Iudicium quid sit; quale id esse oporteat, & quibus rebus constet.

I. UT maxime sit idoneus aliquis magistratus, qui pro iurisdictione eum unde petitur possit ad præstandum cogere: non tamen ut quisque quid petiit ab adversario per magistratum, ita continuo impetrat. Ius ita constitutum est, ut diximus ut iudicium de re præcedere oporteat. Nusquam fortasse id expressum sit totidem verbis. Sed satis id significatur actionis verbo, cum de eo quod nostrum est, aut nobis debetur, obtinendo nihil amplius nobis ius tribuit, quam actionem: & quod idem est, cum iubet, nos si quas habemus petitiones, actionibus experiri, ut est in *L. exstat, D. quod met. cau.* Id est, si qua sunt nobis iura legibus constituta ad quid petendum, iubet nos uti actionibus ad eam rem iure comparatis: item, cum in eamdem sententiam ita traditur, prius esse, ut servato ordine dirigamus actionem adversus eum, quem nobis cogi ad quid præstandum volumus: quod est in *L.* 1 *C. de exse. rei iud.* Qui actionem præcedere iubet, vi ipsa iubet præcedere iudicium: quoniam actio non est ius quovis modo persequendi, quod nobis debeatur, sed persequendi iudicio. *L. nihil. D. de obl. & act. Inst. de act.* in pr.

II. Quo ergo iudicium, & cui rei exigitur? ut fiat, quod adiicitur in *d. L.* 1. *C. de exs. rei iud.* nempe ut caussa per iudicem cognita is qui agit sententiam accipiat. At quam? non utique qua iudicetur secundum actorem, sed ita, uti caussa cognita res postulare videbitur: in quo vere iudicium est, id est, ut explicatur in *L. negantes, C. de obl. & act.* qua iudex actore non probante aut actione summoto reum absolvat, convictum autem condemnet; sic deinde remedia iuris adversus condemnatum sequantur. Huius iudicii prius exigendi ratio & æquitas manifesta est. Nam ut fieri potest, ut qui petit, iure petat: sic fieri contra potest, ut falso intendat sibi deberi, & petat non solum iniuria, sed etiam calumniose, de quo nisi caussa cognita & iudicio statui non potest: ut profecto iudicium hic omitti sine certa alterutrius litigatoris iniuria non possit: ubi scilicet periculum sit, ne re non cognita absolvat reum, quem condemnare debuit; & contra condemnet, quem debuit absolvere.

III. Iudicium hic quid vocemus, ex superioribus non difficile intelligi potest. Est igitur iudicium, quale nunc in persecutione iuris nostri eligimus, id quod definivimus in commentario *de actionibus*, in principio; tota illa [1] actio, quæ de re con-

1) Duar. *in tit. D. de Iudic. initio*, scribit se aliquando annum integrum consumpsisse in definitione & divisionibus iudicii explicandis, sed tandem has nugas valere iussisse. Ubi contentus est hac descriptione: Litigatorum apud iudicem vel coram iudice disceptatio, Cuiac. *in Par. hoc tit.* ita: Disceptatio quæ fit ab eo, quem magistratus caussæ disceptatorem partibus dedit. Sed hæc est iudicii strictius accepti, nec convenit extraordinario, ubi magistratus ipse cognoscit. Parte alia peccant, quibus est actus legitimus coram eo, *qui iurisdictionem habet*, factus, ut eius officio controversia finem accipiat. P. Greg. 47. *Synt.* 3. *n.* 1. & ex eo, tacito auctore, Io. Bapt Suazenthaler *Process. iudic. Lib* 1. *Cap.* 2. *n.* 1. Sic enim excluditur iudex datus. Quia definitiones nostri longiusculæ; malo sic, *Legitima rei controversa*, inter litigantes, vel expressius paulo, *inter actorem & reum* quæ verba inania non sunt, nec quod priorum vi insint omittenda. Definitio enim rem definitam declarare debet, & sine iis maneret dubium quorum ratione *controversa* diceretur. Quin potest res inter plures controversa esse, quam inter quos iudicium est, cum controversa etiam dicatur ante iudicium *L.* 25. §. 7. *de pet. hered. L.* 2. *Cod. de transf* Wes. *in Rub. Cod. de iudic. n.* 22. Pone: Stichi dominium sibi asserunt extra iudicium, Caius possessor, Titius, Mævius, Seius. Deinde Titius iudicio agit contra Caium Hic Stichus inter plures controversus, cum actio de eo atque controversia forensis *L.* 7. §. 2. *Cod. de præsc.* 30. *ann.* unde apparet esse & aliam non forensem, tantum sit inter duos, &c.)

apud

controversa constituta est inter actorem & reum apud iudicem, caussæ tractationem inter litigatores, & iudicis de ea re tum cognitionem, tum sententiam continens: partes ex his quæ diximus, patent. Iudicium dictum potissimum a sententia, ² qua iudicatur. Nam sententia est pronuntiatio iudicis rei controversæ finem imponens, eum unde petitur vel condemnando, vel absolvendo. Hoc autem facere pronuntiando iudicare est: unde res iudicata dicta, quæ hac pronunciatione finem accepit. *L.* 1. *D. de re iud.* Sed cum hæc sententia atque hoc iudicium sine caussæ cognitione præcedente esse non possit, quo de re in hanc aut illam partem iudex statuat; nec cognitio esse possit, nisi ex inductione & tractatione caussæ, ex qua iura litigatorum iudex audiat, & cognoscat; eo fit, ut iudicium eas quoque partes ad se trahat, sine quibus iudicium esse non potest.

IV. Non quodvis iudicium ad cogendum eum, a quo petitur, idoneum est. Iudiciorum duo sunt ³ genera: voluntarium, & necessarium. Voluntarium est arbitrorum, qui ex consensu & compromisso a litigatoribus sumpti sunt. Nam & arbitri dicuntur iudices. *L. pen. D. de iud.* Inde & eorum arbitrium recte dicatur iudicium. Sunt enim hæc coniugata, iudex, iudicium. Sed iudicium est, ut dixi, voluntarium, quod non nisi voluntate & consensu litigatorum suscipitur. Necessarium iudicium est magistratuum & iudicum quorum publice de re iurisdictio & notio est, ut horum potestas describitur in *L.* 5. in pr. *D. de re iud.* necessarium ideo, quia cum quis ad hos vocatus est iuris experiundi caussa, iudicium velit nolit, subire ⁴ cogitur. Unde & iudicium dicitur reddi in invitum. *L. inter,* §. 1. *D. de ver. oblig.* Iudicium voluntarium seu arbitrorum non pervenit ad eam vim, quam quærimus, solum enim iudicium magistratus & iudicum in ea caussa est, ut mandetur exsecutioni. *L. a Divo,* in princ. *D. de re iudic.* Quare & hoc solum idoneum ad id quod volumus, obtinendum.

V. Neque tamen eo minus arbitrium iudicium esse putandum est. Habet etiam

apud iudicem, (non iudicis, ut Rosbach. *Processſ. Iudic. Tit.* 1. *n.* 3. Hoc vero verbo etiam magistratum complector) *tractatio:* ita malo quam disceptatio, tum quia non in eo totum iudicium occupatum, tum ut sic omnia quæcunque ab in ius vocatione ad exsecutionem usque iudicati expediuntur descriptio contineat, ut sic definiatur in latiori acceptione, quæ huius loci est.

2) Isidor. *in C. forms* 10. *de V. S.* dici iudicium quasi iurisdictio. Et Cuiac. *ad Rub. extra de Iudic.* quasi iuridicium, Cassiodor 11. *Variar.* Sed & Varro 5. *de Ling. Lat. f. mihi* 1146. a iure & dicendo declinat. Et *dico* originem habere Græcam a *δεικνύω*: Forcat. *Dial.* 80. *n.* 3. P. Greg. 47 *Synt.* 2 *n.* 1. Latissimo igitur sensu, vocis origini convenienti amplius est quam ut ad caussas forenses restringatur, Arn. de Reig. *Disput. Processſ.* 1. *Th.* 2. Quin ut iudex generalius vocatur etiam magistratus *infra C.* 6. *& C.* 21. ita iudicium etiam ea, quæ iurisdictionis sunt, & in iure expediuntor, complectitur, nec contentiosæ tantum, sed & voluntariæ. Fac. *L.* 4. §. 1. *de interr. in iur. fac.* & omnino *L.* 34 *de LL.* in verbis: *contradicto iudicio*, id est contentioso, unde liquet esse aliud non contentiosum, Wes. *ad Rub Cod hoc tit. n.* 100. diss. Sc. Gentil. 1. *de Iurisd.* 18. Latiori vero, qui huius loci, totum iurisdictionis actum seu processum, dum negocium discutitur, a citatione usque ad exsecutionem, quæ pars eius postrema, *C.* 6. *extra de Sent. & re iud.* continet, Wes. *ad d. Rub. n.* 19. Strictiori autem acceptione sicuti iudex dicitur qui datus, seu delegatus est: ita iudicium tractatio coram eodem instituta, seu, ut Wes. *d. n.* 19. progressus iudicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet, Maranta *Specul. aur. P.* 5 u. 2. Et sic differunt iudicare & ius dicere *infr. d. Cap.* 6. Eoque modo verum, quod Forcat. *Dial.* 80 u. 3. sine actione neminem esse in iudicio *L.* 6. §. *ult. de neg. gest.* nec fingi posse iudicium sine actione civili vel criminali. Quin & iudicium sæpe pro actione sumitur. *Rub. C. de contrar. tut. iudic. Leg.* 19 *Cod de excus. tut. L.* 2. *Cod. de in lit. dan. tut. L.* 6. *Cod. si alt. res pig.* Cic. 3. *Off.* Mercer. 2. *Opin.* 13. qui tamen errat dum iudicium accipere *L.* 8. §. 2. *Qui satisd. cog. & simil.* idem esse censet quod actionem intentare, cum immo litis contestatio per eam formolam significetur. De aliis acceptionibus vocis vid. Wes. *in Rub. C. hoc tit. n.* 10. *& seqq.* Maranta *Speculi aurei P.* 1. *tota.*

3) Non est hæc primaria aliqua, sed nec genuina divisio. Si enim arbiter non proprie iudex, *infra Cap.* 6. *n.* 2. *N.* 3. nec arbitrium proprie iudicium. Quare non sunt hæ eiusdem generis species univocæ. Plures autem divisiones, quas nostri tradunt, a caussa efficienti materia & forma hic non persequor. Vid. Maran. *Specul aur. P.* 4. P. Greg. 47. *Synt.* 4. Suarzenthul. *Lib.* 1 *Processſ. C.* 3. Arnold. *de Reig. Processſ. Disput* 1. *Th.* 4. *& seqq.* & late *in Thesauro iur f.* 815. *& seqq.* Rosbach. *Processſ. Tit.* 1. *n.* 4. *& seqq* Wes. *in Rub. Cod. hoc tit. n.* 92. *& seqq.* Ex illis autem omnino reprobanda, qua aliud competens, aliud incompetens statuunt, Rosbach. *d. Tit.* 1. *n.* 6. Wes. *ad Tit. Cod. de iud n.* 98. Perinde enim est ac si hominem alium verum, alium fictum vel pictum diceres. Quin definitioni, in qua fere omnes generis loco, *legitimam* vel actum vel disceptationem vel quid simile ponunt, plane ea non convenit.

4) Aliquando tamen inter consentientes iudicium est, & inter eosdem ea ipsorummet conventione sententia fertur *L.* 26. *de re iudic.* quæ non pugnant. Perpetuo enim verum, quod reus iudicium detrectare non possit, qui fessus est *d. L.* 83. §. 1. etsi interdum is bonam fidem agnoscat, ac quod præstare necesse est sponte sua & libens potius quam coactus præstet. Quo casu sane regulariter in confessos nullæ partes iudicantis, *infra Lib.* 28. *Cap.* 1. potest tamen ita conveniri, ut certa sententia feratur, quo uterque vel alter de iure suo certior sit propter rem iudicatam, Bus. 1. *Subtil.* 13. Et ut maior sit fides rei extraiudicialiter gestæ, possunt partes petere, ut ad initas conventiones servandas condemnentur, ut si deinde alter a placitorum fide discedere velit, auctoritate rei iudicatæ paratam exsecutionem habentis cohibeatur, cuiusmodi exemplum refert Rutger. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 4 *& Q. Camerali* 9. licet neutro loco *d. L.* 26. mentionem faciat. Atque hæc genuina, opinor, sententia *d. L.* 26 etsi Pac. 7. *Q.* 5 de conventione post litem cœpta eam accipiat; & Donellus noster *ibid.* speciem eiusmodi ponat ubi absque conventione contra pronunciari debuit. Veluti si sors cum usuris petita & utrumque deberi probatum, actor autem deinde usuras remitti velit, item si minus petiit & plus deberi probavit, nec reus in id quod superat sententiam refugiat. Hinc & apparet quare alia ratio arbitrii *L.* 19. *pr. de rec. arb.* non tantum quod illud liberum nec necessitati adstrictum, ut iudicis potestas Don. *ibid.* Bus. 1. *Subtil.* 13. sed & quia ratio & finis idem ad arbitrium eligendum partibus non potest esse propositus. Aliter Theodor. Straitman. *antinom. LL. civil.* 37.

iam hoc iudicium vim suam, & ad finiendas lites pertinet. Quod de compromisso dictum in *L. 1. D. de recept.* ad hoc iudicium referri debet; quoniam arbitri sumuntur & arbitrium recipiunt ex litigatorum compromisso. *d. L. pen. D. de iud.* Id est, sic ab initio litigatores in arbitrium consentiunt, quo arbitrium ratum fit, ut compromittant; id est simul & invicem promittant se arbitri sententiæ staturos; & nisi pareant, promittant pœnam. Unde ex compromisso quod arbitrii recepti proprium est, ipsum arbitrium intelligitur. Atque hinc etiam vis arbitrii animadverti potest. Est hæc igitur, ut si minus sententiam arbitri recte exsecutioni mandari potest; at certe pœna teneat litigatores, qui sententiæ non paruerint; cuius pœnæ metu coguntur alia via arbitri sententiæ stare. Interdum etiam ex constitutionibus Iustiniani sententia arbitri exsecutionem paratam habet, quanvis raro. Hinc arbitriorum frequens usus, dum litigatores fugientes iudicii moras & sumptus, reformidantes sæpe iudicum vel imperitorum vel corruptorum adversarias sententias, malunt se hominum amicorum sententiæ subiicere, quorum prudentiam, fidem certe & integritatem perspectam habent, nec periculosam sibi fore sentiunt. Quod cum confirmari publice utile esset, ut esset hæc quoque constituta via ad finiendas lites, quas in republica aut nullas esse, aut quam citissime dirimi publice expedit: *L. quidam, D. si cer. pet. L. ult. D. pro suo.* etiam hæc iudicia ius civile ad suam curam revocavit, & quibus conditionibus cogendus esset arbiter sententiam dicere, quibus sententia dicta rata esset sine iniuria, prospexit. Ac de eo iure inter iudicia agitur: estque id argumentum *Tit. D. de recept. qui arbit. recep.* & *Titul. C. de recep. arbit.*

VI. Quamobrem & de eo genere nobis in hac tractatione cognoscendum est. Sed fiet postea. Scimus quidem de eo tractatum esse prius, quam de vero iudicio tum in Pandectis, tum in Codice, quod argumentum est, & eumdem ordinem servatum esse in edicto perpetuo. *L. 2. D. de statu homin.* Neque id non recte, si propositum atque usum litigatorum in arbitriis spectamus. Non enim solent litigatores venire ad arbitros, nisi ut iudicium vitent: non solent unquam, nisi de re nondum iudicata, cum sciant, ubi iudicata res est, supervacuam esse omnem aliam privati sententiam, quæ rem ante iudicatam rescindere non potest. Mihi autem & id quod nunc agitur, & iuris de arbitriis constituti ratio exigere videtur, ut prius de iudiciis, postea extremo loco de arbitriis dicatur. Instituimus quærere eam vim, qua utamur adversus invitos ad nostrum obtinendum. Hæc vis non est in arbitriis & potestate arbitrorum, sed in iudiciis. Prius igitur hæc nobis constituantur. Tum autem quæcunque arbitriorum vis & potestas futura est, placet compromissa, id est, arbitria ad similitudinem iudiciorum redigi, ut horum scilicet leges sequantur. *L. 1. D. de recep.* Natura autem necesse est, semper prius esse id, unde exemplum & similitudo ducitur: prius, quod legem & exemplum præbet, quam id quod eam legem sequitur. Sint ergo arbitria proposito litigatorum & tractatione iudiciis priora; iuris certe cognitione posteriora esse necesse est: cum nunquam recte arbitrii formam atque ordinem cognituri, & ad rem collaturi simus, nisi prius formam iudicii & leges cognoverimus, quas in arbitrio recte informando sequamur.

VII. Illuc igitur redeo, non omne iudicium ad cogendum debitorem ut volumus esse idoneum: sed id solum, quod est magistratus & iudicum, publica scilicet iudicandi potestate præditorum, quod idem necessitatem parendi litigatoribus adfert. Quare & de eo ut institutum & iuris ratio postulat, iam dicemus. Et ne hoc quidem omne est idoneum. Ut in cæteris rebus quod factum esse ius iubet prius quam alio perveniatur, id factum sic interpretamur, si rite & iure factum sit, non vitiose, & contra ius: quod autem secus fit, id nec factum videtur: *L. quoties, D. qui sat. cog. L. 4. §. condemnatus, D. de re iud. L. non dubium, C. de leg.* sic & in iudicio, quod ad adversarium cogendum præcedere debet, sciamus hoc idem exigi, ut iustum & legitimum iudicium sit, quod præcedet. Quod secus fiet, id nec iudicium habendum, nec continere iudicati auctoritatem. *L. 4. C. de sent. & int. iud.*

VIII. Iustum & legitimum iudicium tunc erit, cum in singulis partibus iudicii, & rebus ad id pertinentibus omnia comparata erunt ad formam & ordinem iure civili præscriptum. *arg. in d. L. 4. C. de sent. & interl. L. 1. C. de exs. rei iud.* Id quale sit ex partibus & caussis iudicii æstimandum est. Constat omne iudicium his rebus [5] quatuor velut partibus, vel potius

5) Maranta *Specul. aur. P. 2. n. 19. & seqq.* 7. caussas refert ut sunt Materialis, caussa seu lis; Efficiens, Personæ;

tius caussis: Personis ad iudicium pertinentibus; rebus in iudicium deductis; forma & ordine actionis; fine agendi. Personæ ad iudicium pertinentes sunt, ut actor, reus, iudex, & ii quæ in iudicio adiuvant, ut advocati, procuratores. Res in iudicium deductæ, ab actore sunt actiones; a reo exceptiones & omnis generis defensiones. Forma & ordo actionis eius, quæ iudicium continet, posita sunt in his partibus, atque hoc partium processu; vocatione in ius; litis contestatione; caussæ tractatione cum iudicis cognitione coniuncta; & sententia iudicis. Finis agendi, litigatoribus quidem ut obtineant: iudici autem ut ius dicat, & dicendo suum quibus oportet tribuat. Hæc sunt quæ iustum omne iudicium in se habet: quibus velut in conspectu positis speciem & figuram totius iudicii tanquam ædificii iam ab initio informatam videmus, earumque omnium rerum summam, de quibus in recta iudicii institutione & persecutione quærere debeamus.

IX. De his multa sunt constituta iure civili: non sane litium augendarum, aut protelandarum caussa; sed dum cavetur, ne qua hic fiat reo iniuria; quem & recte audiri, & defendi, & apud idoneos iudices caussam agere publice omnium interest. Cum autem non tantum multa sint; sed & varia, eademque non fusa per omnes partes, sed accommodata ad quamque partem eiusque partis propria: de his sine certa eius iuris confusione & perturbatione permistim dicere non possumus. Ita res & recta ratio hoc exigit, ut de his separatim & sigillatim dicatur: quod & deinceps sequemur. Est quidem apud Iustinianum, quod & verum est, in §. *ult. Instit. de per. tem. lit.* omnium actionum instituendarum, proinde & iudicii quod ab actione inchoatur, principium ab in ius vocatione proficisci. Sed apparet hoc dictum esse de iudicio tum, cum ad id cum adversario instituendum ventum est, quærimusque quam hic formam quemve ordinem servare debeamus; non cum omnia quæ sunt in iudicio per se volumus spectari Quod cum sit, omnia prius & in personis, & in iure tum nostro, tum adversarii nobis cognita, & cogitata esse debent, quam ad iudicium inchoandum veniamus. In quibus ut recte & sine periculo actionem instituas, prima cura esse debet personarum, quæ in iudicio versantur, ut quæratur, quis, cum quo, apud quem recte agas, & quorum opera ad caussam recte utaris. Unde in Pandectis & Codice ad iudicium futurum recte instituendum videmus statim initio actum esse de magistratibus, eorumque officiis, de iudicibus, eorumque iurisdictione: neque ita multo post ante litis contestationem de postulantibus, de advocatis, de procuratoribus. Denique longe aliud est iudicium informare præceptis ad cognitionem & rectam institutionem necessariis; quod fit, cum de universo iudicii iure tradendo agitur, ut nunc facere cogitamus: aliud ex his quæ ante perceperis, iudicium instituere, & cognitionem præcedentem ad rem usumque transferre.

næ; Formalis; Ordo iudicii Substantialis: quo refert libellum, litis contestationem, iuramentum calumniæ, probationem: Naturalis, quæ de natura iudicii ex. gr. ut ubi cœptum, ibi finiatur; Accidentalis, cuius sunt quæstio incidens, exceptio contra personam adversarii vel testium, &c. & Finalis sententia definitiva. Wesenb. *in Rub. C. de iudic. n. 49.* Partes, ait, integrales duas præcipue esse: prima & secunda instantia, sed hæc accidentalis, & sæpius abest. Unius instantiæ partes tres, prima, media, postrema, &c.

C A P. IV.

Quæ perſonæ ad iudicium pertineant. In primis de actoribus: Qui ex his conditione perſonæ in iudicio conſiſtere, aut pro tempore agere non poſſint.

Perſonæ quæ ad iudicium pertinent aut neceſſariæ, aut adiuvantes. I.
Neceſſariæ perſonæ tres; quæ illæ, & cur tales. II. III.
Adiuvantes quæ ſint. IV.
Vtraſque idoneas eſſe oportere, & quæ ſint eiuſmodi. V. VI.
Actorem eſſe iudicio idoneum, quicunque nominatim non prohibetur. VI.
Prohibentur ſervi, filiiſfamilias, & interdum patresfamilias. VII.
Servi in totum duabus cauſſis exceptis, & quæ ſint. VIII.
Filiifamilias recte agunt de peculio caſtrenſi, aut quaſi, etiam invito patre. IX.
Prohibentur agere de adventitio, ſi uſuſfructus ſit patri quæſitus. X.
Sin adventitia in ſolidum quæſita filio, aget hic aliquando conſentienté, interdum & invito patre. XI.
Conſentiente, *quando uſusfructus patri potuit acquiri ſi vellet; & quomodo.* XII.
Invito *patre, cum ei, etiam ſi velit, non acquiritur uſusfructus; & quando.* XIII.
Ratio; & contrariorum amotio. XIV. XV.
De profectitio peculio niſi abſente patre, eiuſque procuratore non agit filius; & ut damnum aut fraudem amoveat; non aliter. XVI. XVIII.
Agit vero ſive ex maleficio, ſive ex contractu ex Iuliani, & Vlpiani ſententia; (utriuſque conciliatio). XVII.
Vtili tamen, non directa actione. XIX.
Actio profectitiæ dotis a patre exercetur: illo abſente a filia eius nomine. XX.
Patresfamilias arcentur a iudicio, ſi pupilli aut minores; niſi adverſarius eos approbet; & quid ſi pro his iudicatum fuerit. XXI. XXII.
Excipitur cauſſa momentaneæ poſſeſſionis, & quare. XXIII.
Item ſi ſint Magiſtratus annui aut bienneles; & hi ſive provinciales ſive Vrbani. XXIV.

I. EX iis ergo locis, quos ſupra poſuimus, primus eſt in perſonis ad iudicium pertinentibus; in quibus liceat cauſſam iudicii efficientem agnoſcere. Earum quædam ſunt neceſſariæ, quædam [1] adiuvantes. Neceſſariæ ad iudicium ſunt, ſine quibus iudicium omnino conſiſtere non poteſt: ut ſi qua earum deſit, recte dicturi ſimus nullam eſſe ſententiam ſi qua intervenit, nullam auctoritatem iudicati. Adiuvantes ſunt, quibus iudicium natura ſua carere poteſt, ut ſi non adſint, non eo minus iudicium conſiſtat; adhibentur tamen interdum extrinſecus, adhibitæ iudicium adiuvant, quædam litigatoribus utiles, quædam iudicibus.

II. Neceſſariæ perſonæ quas dico, ſunt [2] tres: litigatores duo, inter quos de re aliqua controverſia eſt, & iudex, apud quem de ea re agitur, perſonæ breviter comprehenſæ in § 1. *Inſt. de act.* litigatorum perſonæ in uſu iuris ita nominibus diſtinctæ, ut qui agit, & litem intendit, ex re actor, nonnunquam [3] petitor, ut *L. quinquaginta, D de probat* is cum quo agitur, uno verbo reus dicatur. *L. 1. D. de exc. L. in exceptionibus, D. de probat. L. 1. D. de ed. L. ult. C. eod.*

1) Vulgo illas principales vocant, has acceſſorias P. Greg. 47. *Synt.* 8. Vult. 2. *iuriſp. Rom.* 1. *n.* 4. Roſhach. *Proceſſ. iudic. Tit.* 10. *n.* 1.

2) *L.* 14 §. 1. *de cond. furt.* Generalius autem actores quicunque lites in foro tractant, communi nomine litigatoribus, nam & reus agere dicitur, vid *ſupra N.* 5. & advocatus, Pollet. *Lib.* 2. *Hiſt. fori C.* 1. Et Weſ. *in Rub. C. Qui leg perſ. ſtandi n.* 8 quandoque advocatum ſic vocari *L.* 1. *C. Ne lic. potent.* quandoque procuratorem *L.* 25. *de Procur.* ſæpius datum a tutore curatore vel procuratore *L.* 11. *C. de Procur. L.* 10. *C. de act. a tut. dand. &c.* vel etiam a corpore aut collegio, vid. Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de Actore. C.* 1.

3) Io *Cap. nullus* 1. *Cap.* 4. *Quæſt.* 4. dicitur: In omni iudicio 4. perſonas neceſſe eſt ſemper adeſſe: iudices electos, accuſatores idoneos, defenſores congruos, atque teſtes legitimos. Convenit Iſidor *Cap. forus* 10. *de V. S.* Sed utroque quoad teſtes nihil falſius. Sane & plures uno iudicio, agere, conveniri, iudicare poſſunt, ſed loco unius ſunt *L.* 9. *de pact.* Weſ. *ad* 1. *C. de ord. iudic. n.* 10.

eod. ubi monendi sumus reum ita dici per excellentiam: cum alioqui auctore Cicerone [4] rei a re dicti sint ambo, inter quos de re aliqua agitur. Unde duo rei non solum promittendi dicti, sed & stipulandi. Sed præcipue res agitur eius a quo petitur, qui si damnetur, non tantum de sumptibus litis, sed & de re ipsa præstanda, de qua agitur, in discrimen venit. Interdum & hi circumlocutione notantur, & is qui agit, de actore dicitur, ut in *L. verius, D. de prob.* de reo, is cum quo agitur. *L.* 3. in pr. *D. de iurei. Inst. de excep.* in pr. item is a quo petitur. *L.* 5. *L.* 6. *C. de eden.* pro quo Cicero in *libris rhetoricis* dicere solet [5] eum, unde petitur. Item is qui convenitur, ut in *L.* 3. *D. de prob* aliquando & is qui lite pulsatur. *L. frustra, C. de prob.* sic & de iudice interdum dicitur absolute, is apud quem agitur, ut in *L.* 2. *C. de eden.*

III. Has personas tres ad iudicium constituendum esse necessarias nemo facile potest dubitare. Nam quod ad litigatores attinet, actorem dico & reum, certum est nullum iudicium esse, nisi de lite & re controversa. Est enim iudicium seu res iudicata id quod ei controversiæ & liti finem imponit. *L.* 1. *D. de re iud.* Nulla autem lis & controversia nisi inter [6] duos, quorum unus dicit, alter negat; etsi de iure aliquo obtinendo agitur, nulla ea controversia est, nisi inter duos quorum unus quid petit, agitque ut sibi præstetur, alter est a quo ideo id petitur, quia negat se debere præstare. Nullum igitur iudicium, nisi inter hos ipsos: quorum eum qui petit, actorem dicimus, alterum reum. Præterea si recte definitur actio ius persequendi iudicio: fit, ut quemadmodum nulla potest esse actio sine iudicio: sic nec possit iudicium pecuniarium esse sine actione. Atqui nulla est actio, nisi in qua unus est qui agit, alter cum quo agitur. Quare nec sine his ullum iudicium. De iudice, supervacuum est monere, sine hoc nullum iudicium esse posse, cum proprie non sit iudicium nisi in eo qui iudicat. Is autem est iudex. Hoc de supra scriptis personis certe statui eo spectat, ut sciamus quam ex his personis iudicio abesse cognoverimus, hanc certe efficere, ne sit iudicium, ne ulla auctoritas rei iudicatæ. Finge vere aliquem debitorem esse, qui decem debeat Titio. Frustra ullus magistratus aut iudex debitorem compertum condemnet Titio, ut pecuniam solvat, si neque Titius, neque Titii nomine quisquam de eo apud iudicem egerit. *argu. in L.* 2. *C. comminat. epist.* Multoque citius dixerimus nullam partem iudicii, aut vim rei iudicatæ obtinere, si quis magistratus aut iudex absentem, adversus quem præsentem iudicium inchoatum non est, præsenti petenti condemnarit, præstarive quid iusserit, aut quid omnino adversus eum decreverit. [7] *L. iudex, C. comminat. epist. L. eaque, L. ult. C. quom. & quan. iud.*

IV. Adiuvantes personæ, quæ iudicibus utiles sint, sunt assessores, apparitores, quæ litigatoribus sunt advocati, patroni, pro alio qui postulant: item qui alieno nomine agunt, vel conveniuntur,

4) Cic. 2. *de Orat. Reos*, ait, *appello omnes, quorum de re disceptatur.* Et reus uterque litigantium, qui suo nomine experiuntur, sive agant sive excipiant, quod res eorum agatur. Et uterque contrahentium, quod res eorum in obligationem vertitur. Maxime vero conventi res agitur, cui periculum condemnationis impendet, Donell. *ad t. C. de duob. reis, n.* 2. Connan 6. *Comm.* 5. *n.* 1. Pollet. *Lib.* 2. *Hist. fori C.* 1. *& Lib.* 4. *C.* 6. Cuiac. *ad L.* 157. *de V. S.* Hopper. *Lib.* 2. *πιθανῶν, pag.* 47. Hortens. *ad Rub. D de duob. reis* Gœd. *ad L. 6. pr. de V S. n.* 21. *& de Contr. stip. C.* 5. *n.* 115. Andr. Clud. *de Condict. C.* 2. *n.* 66. Strictius adhuc & ultitate reus qui pro capite caussam dicit, cuius conditio, status & qualitas reatus dicitur *L. ultim.* 4. *ad L. iul. maiest.* Pollet. *d. C.* 6. Wes. *in Rub. C. Qui leg. pers. standi n.* 7.

5) Dicitur & reus agere *L.* 1. *in fin. pr. de edendo & L.* 17. in verba agente venditore *de cont. empt.* (ceu illa exponunt Cuiac. 14. *Obs.* 38 Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 15. licet rectius forte Hotom. *Ill. Q.* 36. Sane experiri legimus pro excipere, seu caussam defendere *L.* 3. §. 2. *Quod quis iur.* ubi Zas. *C. veritatis* 8. *de dolo & contum.* Vocatur pars fugiens bis in *L.* 13. §. 2 *C de iudic. & L. ult. in fin. pr. ac* §. 3. *C. de bon. quæ lib.* more Græco Bodin. 3. *de Repub. n.* 324. inde colligens Græco sermone editas fuisse Iustiniani leges & in Latinum translatas, quam collectionem reprehendit Cuiac. 18. *Obs.* 38.) Sic Plato in Eutyphronte: ἐστι δ' ἐσοὶ τίς δίκη, ὦ Εὐθύφρων, φεύγεις αὐτὴν, διώκεις. Nic. Sudor *Lib.* 5. *Disp. civil. pag.* 39 Sic Alcibiades, ab Atheniensibus evocatus ad dicendam caussam, Stultum esse, dixit, reum cui fugere iudicium liceat, quærere qui in eo se defendat, Plutarch. *in Apoph. f. m.* 178.

6) *L. inter* 62. *de iudic.* Quod in civilibus perpetuum, In criminalibus tamen quandoque tam actorem quam reum deesse scribit. Schrad. *de Feud. p.* 10. *in praamb. n* 5. quando nimirum iudex per inquisitionem generaliter procedit, ut potest *L.* 13. *pr. de off. præs.* Duar. 1. *Disput.* 38. (falsam scribens regulam, neminem sine accusatione damnandum, contra Cuiac. 1. *Obs.* 33. Ræv. 4 *Var.* 11.) licet fama publica tum fictam accusatoris personam habeat *Cap. qualiter & quando* 2. *de accusat.* Sichard. *ad Rub. Cod. de iudic. n* 2. *&* 3. Rosbach. *Process. Tit.* 1. *n.* 36 Sic quando iudex quis admittitur in caussa sua, *supra C.* 2. *N.* 2. idem iudicis & partis officio fungitur. Sed tunc diversa ratione duas personas sustinet. Illic vero reus qui inquiritur certus est, saltem natura & destinatione. Sicuti legatum & donatio quoque necessario requirunt personam accipientis, quæ tamen sæpe ex eventu demum certa fit, Maranta *P.* 2. *n.* 4. *&* 5.

7) Quod si adversus plures mota lis, non differtur susceptum iudicium, etsi quidam cœperint abesse *L.* 44 *h. t.* scilicet si res divisionem recipiat, ut tot sint caussæ quot personæ. Secus si tanta communio caussæ ut divisionem non recipiat, Duar. *de iudic. Cap. de var. iudic. precept. fol.* 161. De, inaudita caussa, non damnando vid Forcat. *Dial.* 81. Ræv. 1. *Var.* 7. Forner. 5. *Rer. Quotid* 7. Potest quoque sententia ferri pro absente vel reo *L.* 73. *pr. de iudic.* Vel actore. Sic enim Ambrosius meminit rei iudicio sine adversario victi: Sine, id est absente. Deesse non potest actor, at abesse potest tempore condemnationis, ita Forner. 1. *Rer. Quotid.* 25.

procuratores, defenſores, tutores, curatores, actores, ſyndici.

V. De his perſonis ius quod nobis hic cognoſcendum ſit, ita eſt, ut perſonas idoneas eſſe oporteat, & quæ ad id quod agunt, in iudicio conſiſtere iure poſſint. Neque vero omnes poſſunt, quin ab eo adverſus quem agitur reiici poſſint, ac ſi pergant, nullum iudicium ſit, certe reo non noceat. Unde illi ab initio iuſtæ defugiendi iudicii cauſſæ, ac totidem huius generis exceptiones: de quibus ſuo loco. Licet exempli cauſſa proponere hoc loco exceptionem procuratoriam, quæ nominatur in *L. in exceptionibus, §. ſed etſi, D. de prob.* Quare quid hic iuris ſit de ſingulis, eodem ordine dicemus.

VI. Ac primum de actore. De huius perſona in iudicio hoc quæritur, ſitne is qui iudicio conſiſtere agendo poſſit, an vero perſona ſua prohibeatur. De quo ante omnia in univerſum ſtatuendum eſt, quod ad omnes reliquas perſonas ex æquo pertineat, omnes idoneas eſſe quæ in iudicio conſiſtunt ad eas partes obeundas, quas in iudicio ſibi ſumunt, non ſi leges permittant, ſed ſi non prohibeant, & generaliter quidquid legibus nominatim prohibitum non eſt, hoc ipſi permiſſum & conceſſum videri. *L. necnon, §. quod eius, D. ex quib. cauſ. maio. L. mutus, §. 1. D. de proc. L. 12. D. de prob.* Quare & de actore ſit hoc nobis conſtitutum, omnem qui iudicio agit, recte in iudicio conſiſtere, & ſuo nomine experiri, ſi nihil aliud quam de perſona quæritur, niſi nominatim prohibeatur, & ut in Codice titulus ad hanc rem pertinens conceptus eſt, omnes qui agunt legitimam perſonam conſiſtendi in iudicio habere, qui non prohibeantur conſiſtere.

VII. Eorum qui a perſona prohibentur agere, [8] tres ſunt ordines: ſervi, filiifamilias, interdum & patresfamilias: quos ordines ideo recte ita diſtinguimus, quia non una in omnibus prohibitio eſt, ſed uniuſcuiuſque propria: ita, ut in primo ſit ſumma, in cæteris velut ordine facto magis ac magis minuatur.

VIII. Servi in totum in iudicio conſiſtere non poſſunt, ſive agant, ſive conveniantur. *L. ſervus. C. de iud.* Quod non eo tantum pertinet, ut ſi quis ſervus quem talem eſſe conſtat, iudicio agat, removeri ab initio iure poſſit, de quo minus dubitatur: ſed etiam ut ſi quis forte ſervus pro libero ſe gerens egerit adverſus eum, cum quo in re peculiari contraxerat, & reus ſit condemnatus, nulla tamen huic ſit actio iudicati: non dico quam ſervus exerceat, quod conſtat; ſed nec quam is domino acquirat: quamvis ſervus acquirat ex omnibus cauſſis domino. Hoc ideo, quia ut ſit actio iudicati prius eſt ut ſit iudicium: quod nullum eſt ſervo agente. Interdum tamen adverſus dominos ſervis conſiſtere permiſſum eſt; ſed hoc certis tantum in [9] cauſſis, & his

8) De his Weſenb. *in Rub. C. Qui leg. perſ. ſtandi n. 8. & ſeqq.* prohiberi alios ſimpliciter & vel ex cauſſa naturali, vel ex cauſſa iuriſgentium, ut ſervi, vel ex civili. Alios relative & ſecundum quid &c.

9) Quibus addit Weſ. *d. loc. n. 15.* cauſſam momentaneæ poſſeſſionis per *L. ult. C. Qui leg. perſ. L. 1. C. Si per vim vel al. mo. L. ult. C. Ubi cauſ. fiſc.* Servis in hoc comparari monachos tradunt, Duar. *de Iudic. Cap. Qui poſſ. agere f.* 159 Sichard *ad L. 6. C. eod. n. 3. per C. multos 23. Diſt.* 54. Licet alii non tam ſtatu eos impediri, quam vitæ conditione, quod rebus ſacris intenti, ſæcularibus vacare non debeant, *cit. extra Ne cler. vel mon.* vid *C. placuit* 53. *C. nullus ſeq Ca.* 2. *Q.* 7. *C. de præſumtionum* 20. *C.* 16. *Q.* 2 Quin cum licentia Abbatis, ſi utilitas monaſterii expoſcat, litem ſuſcipere poſſunt, *C monachi* 35. *d Ca.* 16 *Q.* 2. P. Greg. 49. *Synt.* 2. *n.* 13. Sed & Abbatem in ius vocari a monachis nihil prohibere putat Bodin. 3. *de Rep.* 7. *n.* 334. Excipit quoque monachum in academia ſtudentem, Rebuff. *Privileg. Schol.* 156. Arceri item ob ſtatum deportatos communiter volunt, quia quæcunque ſunt iuris civilis, in quibus & actiones eſſe rentur, una cum civitate amittant *L. 5. pr. L. ult de cap. min. L. 17. de pœn.* Atque inde cum in locum deportationis ſucceſſerit bannum imperiale ſeu proſcriptio, de quo Gilken. *de Præſcript. P. 3. C.* 6. Gœd. *de Contr. ſtip C. 7. Concl.* 4. bannitis agendi facultatem omnem adimunt, adeo ut nec cauſſas ante damnationem cœptas exſequi eos poſſe ſtatuant, vid. Gail. 2. *de Pa. publ.* 12. Mynſ. 3. *Obſ.* 30. Zang *de Except. P. 2. C. 8. n* 9. Verum ut hæc in bannitis hodie certo iure & ex conſtitutione imperii obtineant, eandem tamen olim cauſſam deportatorum fuiſſe valde dubium. Etſi namque ut plurimum (ante *auth. bona damnatorum &c.*) deportationem ſequuta omnium bonorum publicatio, omneſque obligationes activæ & paſſivæ transferunt ad fiſcum, potuit tamen fieri bonis omnibus relictis *L. 14. §. ult. de interd. & releg.* vel parte bonorum adempta *L. 1. C. de fideiuſſ.* ubi verbum *cautare* deportationem arguere recte Cuiac. 15. *Obſ.* 35. Valentin. Franc. *de Fideiuſſ. C. 3. n* 26. Sturc. *ad L. 97. de R. I. n.* 15 contra P. Fab. *ad d. L.* 97 qui intelligit relegationem. Et publicatis bonis quod poſtea acquirit, non ſequitur fiſcum *L. 22. § 5 Mand.* ſcilicet quandiu deportatus vivit, quanvis eo mortuo, cum heredem habere nequeat, itidem publicetur *L 1. Cod. de bon proſcript.* quam ita conciliat, Pac. 4. *Q.* 87 De illis itaque utilem actionem habere poteſt, ut diſerte traditur *d. L. 22. §. 5* Et recte Duar *ad Tit. D. Mand C. 2. f.* 1012. deportatum non quidem experiri directa actione, quia eius formulæ iuris civilis: at utili poſſe, quia ipſe actiones iuriſgentium, intellige, quæ ex contractibus iuriſgentium oriuntur *L. 25 Rer. amot.* Et Baro *in L. 2. de cap. min.* ac Loriot. *de Iur. Art. Tr. 17. & 3. ſeqq Axiom.* 5. quia, ait, per conſequentiam illius contractus agunt. Et cum obligatio ipſis permiſſa ſit utique, & quæ illi conſequentia. Scio a multis *d. §. 5.* de publicatis bonis citra capitis deminutionem, atque ita de relegatis exaudiri, Forcat. *Dial* 82. *n.* 6. Baro a ſe diſſentiens *Lib. 3. de divid. & indiv. Oblig. C. 11. f.* 275. Cuiac. *in L 8. Qui teſt. fac.* Sturc. *ad L. 97 de R. I. n* 16. Phil. Matt *ibid. n.* 15. Quibus ipſis bona interdum adimi probant, ex *L. 7. §. 4. de interd. & releg.* & de eo textus apertior, quem non adducunt in *L. 57. §. 1. de admin. tut.* Et male Govean. *in L. 11. §. 3. ad L. Fals. n* 2. negat relegato bona omnia auferri poſſe, quod ſic eriperetur vita libero & civi. Attamen verba *d. §. 5.* generalia ac indefinite concepta ad ſpeciales hos, euſque rariores, caſus reſtringere incongruum eſt. Quia ratio ſubiecta deportato convenit, acquiſitionis utique, ſicuti eorum, quæ iuriſgentium ſunt, capaci. Præterea exulem, (is autem proprie deportatus) Cuiac. 15. *Obſ.* 35. agere poſſe non obſcure probat *L. 20. pr. de minor.* Et facit *L. 8. de Cap.*

& his paucis, quæ comprehensæ sunt in *L. vix certis*, *D. de iud.* Summa autem est, si fervi de libertate sua laborent, quam a dominis accipere debuerunt, aut dominos horum criminum reos detegant, arctioris annonæ populi Romani, census, falsæ monetæ, eodem pertinet. *L. qui se dicit, de iud.*

IX. Filiusfamilias etsi liber est & civis, & peculium ipsius quodammodo patrimonium est, *§. actiones autem, Inst. de act.* non tamen de omni peculio suo nomine experiri potest. Refert, utrum agat de peculio castrensi, vel quasi castrensi, an de adventicio, an de profecticio. De peculio castrensi, omnique caussa inde nata suo iure suoque nomine adversus omnes recte agit, etiam ignorante & invito patre. Nam & de eo agere adversus [10] patrem potest, sive quid pater ex eo peculio possideat, sive ex ea caussa quid debeat filio. Quod certe non fit, nisi invito patre, ut est condicio iudicii, *L. lis nulla*, *D. de iud.* Id si filiofamilias adversus patrem invitum licet, multo magis & licebit adversus extraneos invito patre. Hoc ideo, quia hoc genus iam olim constitutionibus proprium factum est filiorumfamilias, placetque in eo filiumfamilias pro patrefamilias haberi. *§. 1. Instit. quib. non est perm. fac. test. L. 2. D. de Sen. Mac.* Idem ergo probandum in peculio quasi castrensi, cui posterioribus constitutionibus idem tributum est. *L. 1. §. nec castrense, D. de col. bon. L. ult. C. de inoff. testam.*

X. Si de peculio adventicio, aut ex caussa huius peculii agetur; interest, utrum eius peculii usufructus quæsitus sit patri, ut fere semper; an vero non quæsitus, ut quibusdam ex caussis receptum est, de quibus diximus suo loco. Si quæsitus patri; quia nihilominus constitutionibus posterioribus semper proprietas acquiritur filio, conveniebat regulis iuris, filius de proprietate rerum adventiciarum actionem haberet suo nomine. Constat enim iure civili actionem in rem dominis competere. *L. in rem*, *D. de rei vindi.* Nec quidquam de hoc iure minuit, quod usufructus earum rerum est patris. Nam & illud constat, nostrum esse etiam id, cuius usufructus alienus est. Sed Iustinianus hoc casu soli patri actionem dedit de peculio adventicio, tantum hoc excepto, ut agat ex filii [11] consensu, nisi is aut adhuc minor sit, aut longe absit, quibus

cap. min. Nec solis civibus Romanis agendi ius fuisse constat inde, quod Romæ certe fuit prætor peregrinus, qui aliis, non civibus ius dicebat *L. 2 § post aliquot 28 de O. I.* ubi Cui. Auctor *Catalex. de O. I. Lib. 2. de Excurs.* 23. Marq Freher. 2. *Parerg.* 17. Huc referunt & excommunicatos excommunicatione maiori, *C. intelleximus 7. de iudic.* quibus exceptio excommunicationis in qualibet parte litis opponi potest *C. exc. 12. C. a nobis 2. extr. de except.* P. Greg. 49 *Synt.* 2 *n.* 2. Wesenb. *in Rub. C. Qui legit. person. standi n.* 19 Quod & in reconventione obtinet, vid. *infra* 18. *N.* 15. Itemque in *L. diffamari* remedio. Quamvis enim illi quæ quis agit, ordinata sint in finem defensionis, ea tamen ita excommunicato licita, si fit reus necessarius & coactus, Blarer. *in Repet, L. diffama. C.* 2. *n.* 24. & Cæs. Conrard. *C.* 3. *n.* 103. Padilla *in L.* 1. *C. de I. & fac. ig. n.* 52 Idem esse tradit Wes. *d. loc. n.* 20. in his qui ipso iure excommunicati, ut hæreticus, *C. verg.* 10. *de heret.* & periurus *per C. dilecti* 8. *de except. C. querelam* 10. *de iurei.* Quæ quoad periurum, hoc non probant. Neque hæc pœna periurii ullibi clare expressa. Et in *d. C. dilecti* repellitur M. ab agendo non ob periurium solum, sed ob excommunicationem. At in *d. C. querelam* contra iuramentum suum veniens ab officio removeri dicitur, non excommunicari. Sane iure civili adversus transactionem iuratam venienti actio denegatur. *L.* 41. *C. de transact.* Qui casus specialis est nec protrahendus. Quin nec hodie exceptionem excommunicationis in iudicio admitti censet Monach. *in d. C.* 7. *de iudic. n.* 9. & Franciæ generali consuetudine reprobari, Tiraq *de Retr lignag* §. *Gl.* 9. *n.* 282

10) Adeo ut & ex caussa furti in his pater filio teneri possit *L.* 52. §. 6 *de furt.* non tamen directa actione, quæ famosa, qui nec emancipatione contra patrem experiri potest, sed utili in factum, Cuiac. *ad L.* 11. *de dolo.* Freher. *Lib.* 2. *de Existim. C.* 7 *n.* 5 & Pac. 7. *Q.* 53 dicens, quod verbum furti non ibi nomen actionis, sed agendi caussam designet. Male A. Fab. *ad d. L.* 11. speciale esse in castrensibus, ut actio famosa teneat contra patrem, quia in illis plus iuris habeat filiusfamilias quam emancipatus alias, cum non habeat ex facto patris, sed ex constitutionibus, & quia disciplina castrorum charitate liberorum Romanis antiquior *L.* 19. §. 7. *de capt. & postl.* Male inquam & contra officium pietatis. Sed neque hic quicquam disciplina castrensis vertitur, &c. Superioribus consequens contra alios, ex his caussis agere eum posse, invito patre *L.* 4. § 1. *de castr pecul.* Vaul. 1. *Q.* 48. Sc. Gent *de Bo. mat. C.* 26. *p* 171. Confer. Forst. *de Iurisd. Rom. C.* 6. *in Lege Romanis* 7. *n.* 28 *& seqq.* Claud. Coteræ *Lib* 2. *de Privileg. mil C.* 7. *& C.* 41. Alias regula est filiusfamilias actionem contra patrem non dari *d L.* 4. *de iudic. L.* 7. *de O & A.* Etsi autem velint in adventitiis, conventionem & obligationem inter patrem ac filium hodie iuiri, & consequenter exinde agi posse, quos refert Pinel. *in L.* 1 *C de bon. mat. P.* 1 *n* 17. & probat Sc. Gent. *de Bo. mat. C.* 26. ubi reiicit distinctionem inter adventitia, in quibus ususfructus patri, & in quibus solidum ius filio: cui & adhæret Donellus noster, *supra Lib.* 12. *C.* 23 *n.* 9. *in fin N.* 3. rectius tamen hoc indistincte negat Pinel. *d. n.* 17. post alios & Gœl. ut notavi *d. N.* 3. Sane paucis casibus officium Magistratus implorari contra patrem potest: de quibus Sc. Gent. *d. C.* 26. Iure Canonico etsi iudicium inter patrem & filium indistincte consistere velint, per *C. si annum ult. de iudic. in* 6. diversitas tamen statuenda non est, Sc. Gentil *d. C.* 20. *p.* 168. *& seq* Specialis enim constitutio *d C. ultim* in litibus seu caussis beneficialibus & spiritualibus, & ita de quasi castrensi peculio, per *L.* 38. *C. de Ep. & Cler.* cum eorum ratione filiusfamilias Deo militare videatur. A. Fab 13. *Conject.* 16. cum ipse Pontifex dicat alias, extra lites eas filium absque patris consensu regulariter in iudicio esse non posse. Tantum abest ut ex eiusdem verbis vel mente eum patre ipso regulariter iudicium a filio suscipi posse recte eliciatur.

11) Sed consensum filii non requiri, Sc. Gentil. *de Bon. mat C.* 20. sequentia probat 1. quia nec *in L.* 1. *C. de Bon. mat.* nec alibi exigitur (2) quia patri potestas & administratio in illis bonis libertima *L.* 6. §. 2. *C. de bon. quæ lib.* (3) quia hoc inconveniens, ut apparet (4) quia Procurator ad litem a patre constitui potest invito filio per *d. L.* 1. quæ indefinite loquitur. *C. de bo. mat.* 15. Nec tutori consensus pupilli necessarius. Speciale esse in uno casu hereditatis adventitiæ, de quo *d. L. ultim.* § 3. Ratio differentiæ, quia nec olim hereditas filiofamilias delata, etsi patri in solidum quærebatur, adiri poterat sine filii consensu *L.* 13. §. *ult. de acq. her.* Ibid. refellit Gentilis eos qui cautionem rati a patre, de adventitiis huic agente, exigunt.

quibus casibus voluit licere patri soli sine exceptione agere. Hoc in *L. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.* Non ergo licet filiofamilias agere ex hac caussa. Quod tamen sic accipiemus, nisi forte pater absit, aut sit furiosus. Quibus casibus probandum est licere debere filiofamilias & sine consensu aut mandato patris de peculio adventicio agere, dummodo caveat ut in re aliena patrem rem ratam habiturum. Idque recte defendetur exemplo dotis profectitiæ. In qua cum ius idem datum sit patri, quod supra, ut scilicet eius dotis nomine solus pater agere possit, ex voluntate tamen filiæ; *L.* 2. in prin. *L.* 3. *D. sol. mat.* placet tamen sive pater absit, sive sit furiosus, nec curator agat, filiam de dote agere posse interposita superiore cautione, patrem rem ratam habiturum. *L. si cum dotem, §. si patri, §. si soluto, D. solu. matr.*

XI. Quod si peculium adventicium in solidum quæsitum est filiofamilias, ita, ut ne usufructus quidem esset patris; quod quibusdam casibus receptum est, ut ante dixi, de quibus comprehensum est in *auth. excipitur*, & duabus seqq. *L. ult. §.* 1. in fin. *C. de bon. quæ lib.* hic placet actionem competere filio, quam & exercere possit: sic tamen, ut quandoque non possit eam intendere nisi consentiente patre; interdum possit & ignorante patre & invito.

XII. In quo hæc distinctio rerum tenenda est. Si res aliunde obveniens delata filiofamilias, quam adventiciam dicimus, in ea caussa sit, ut eius ususfructus acquiri possit patri, si is velit: placet quanvis patre delatum repudiante, cœperat res in solidum ad filiumfamilias pertinere, & actio in solidum facta esse filiifamilias, tamen non posse eum agere, nisi consentiente patre. Constitutum id est a Iustiniano in hereditate filiofamilias ex testamento aut ab intestato delata: quæ si adita non sit volente patre, ususfructus ei acquiritur iure communi: sin pater recuset, vult quidem Iustinianus tunc hereditatem in solidum acquiri filio, eiusque solius esse eo nomine actiones, quarum commodum solus capiat, & incommodum sustineat solus: sed hac lege, ut filius agat tantum consentiente patre, nec aliter iudicium consistat. Et ne videatur hoc exigere cum iniuria filii (quid enim, si pater nolit consentire?) iubet necessitatem per officium iudicis patri [12] imponi, ut filio agenti consentiat. Hoc Iustinianus in *L. ult. §.* 1. *C. de bo. quæ lib.* Cogetur autem pater remediis consuetis magistratus, vel multa dicta, vel pignoribus captis. *L.* 1. *§.* 1. *D. de insp. ven.*

XIII. Quod si res aliunde obveniens ita erit, ut eius ususfructus iure non acquiratur patri, etiam si velit, veluti si legata sit aut donata filiofamilias ea lege, ne ususfructus ad patrem perveniat, & si qui sunt similes casus, de quibus in *d. authen. excipitur*, & seqq. hic puto filiumfamilias sic de hoc genere rerum agere posse suis & directis actionibus, quæ eius sunt, ut possit agere non solum absente & ignorante patre, sed etiam [13] invito.

XIV. Moveor, quod filiusfamilias res in totum sibi quæsitas, ita ut nec ususfructus acquiratur patri, alienare potest etiam invito patre. *L. ultim. §. filius autem. C. de bon. quæ lib.* Quidni igitur & de his agere possit sine consensu patris? Nam si sententia secundum filiumfamilias dicetur, ipse sibi acquirit: ad acquirendum non eget alieno consensu, & auctoritate. Non enim eget ne pupillus quidem. *Instit de auct. tutor.* Sin dicetur sententia adversus eum, videbitur quidem filius illo modo rem alienasse: sed iam diximus id ei facere licere vel invito patre. Multo ergo magis eo absente aut ignorante. *L. qui potest invitis. D. de regul. iur.* Præterea quod quis si velit

12) Remediis prætoriis. Quod si nec sic compelletur, prætore decernente iudicium procedet ac contumacia habebitur pro consensu. Nam contumax loco absentis habetur. At si pater absit, filius non requisito consensu agit. Ergo, & si contumax in consensu præstando. Sc. Gentil. *de Bon. matr. C.* 26. *p.* 177. *& seqq.*

13) Ita & post Lothar. & Bart. Sc. Gent. *d. C.* 26. *p.* 176. *&* 2. *seqq.* quia, inquiunt argute in casu repudiatæ rei, cuius ususfructus patri acquiri potuit, requiri eius consensum in signum factæ repudiationis, & ut de firmitudine iudicii futuri securus sit reus, neve possit obiicere iudicium nulliter intentari, quia patris sit ususfructus eius rei, & ad eundem actionis exercitium pertineat. Periculum hoc nullum si res talis, in qua pater nec si velit sibi quidquam vindicare potuit. Verum alii, iique plures, cum Accursio, teste Gent. *d. C.* 26. contra semper consensum patris exigunt, cum quibus A. Fab. 13. *Conj.* 6. & recte, ni fallor: quia ratio Iustiniani in verbis: *ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere*, ad necessitatem validandi iudicii refertur, cum filiifamilias persona legitima & integra non sit, ut per se in iudicio stare possit. Sicque statui expedit tum publice ad conservandum ius patriæ potestatis, nec quoad illa bona penitus exstinctam, ut inde constat quod de iis testari non licet, vid. *supra Lib.* 6. *C.* 5. *n.* 8. *N.* 9. tum privatim ipsius filii, cuius commodo consilium patris cedere potest. Neque sic imminuitur conditio filiifamilias, quam Iustinianus augere voluit. Quin imo plurimum aucta est, cum antea plane nulla de adventitiis, quippe quæ patri acquirebantur, filiofamilias actio fuerit. Et certe *d. L. ult. pr.* tractat de actione hereditatis iam ante a patre repudiatæ, A. Fab. *d. loc.* nec eo demum casu exigit, quo reus de invaliditate iudicii excipit, quia de repudiatione patris non liqueat, sed imo de ea liquere præsupponit. Quibus sic firmatis facilis est argumentorum Donelli nostri infirmatio. Sane in actibus voluntariæ iurisdictionis, quæ iudicio non contentioso, seu extraordinario, ut vocant, expediuntur, patris consensus non requiritur *L.* 1. *C. Qui admitti verbis cum ignorante*; ubi Gamil. Plautius *n.* 2. *& n.* 13.

lit, habere non potest, id eum repudiare non posse regula iuris est. *L. qui potest facere*, §. 1. *D. de regul. iur.* Iam vero ea species proponitur, in qua pater nihil habere possit etiamsi velit. Quare ne putemus hic eum recusatione sua detrahere filio posse vel rem ipsam vel eius rei actionem. Quod si ita est, quid opus est patris consensu in ea re, in qua etiam si præsens dissentiat, nihil nocet? Bene Proculus in *L. Cornelius*, *D. de hered. instit.* supervacuum esse ait exspectare voluntatem, ubi *etiam ea non adiecta idem futurum fuit*. Tamdiuque hæc sententia retinenda est in ea specie bonorum, de qua loquimur, quandiu nihil in ea aperte exceptum de patris consensu videbitur. Nihil autem reperietur,

XV. Nam quod in *d. L. ultim.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Iustinianus filiofamilias agente exigit consensum patris etiam in iis rebus, quarum ususfructus non acquiritur patri; huc non pertinet. Exigit enim in iis rebus, quorum ususfructus acquiri potuisset patri, nisi repudiasset. Ideo ergo merito in actione de his rebus a filio instituenda exigit istum consensum patris, ut hoc ipsum sciri possit patrem eos nec vere repudiasse, & in his actionem & ius solidum permisisse filio. Non est necesse idem requiri de voluntate & repudiatione patris in cæteris rebus; cum certum sit eum in his nec si voluisset, potuisse usumfructum acquirere; proinde nec potuisse repudiare. Iam autem dixi quod quis si vellet habere non potest, id eum nec repudiare posse. *d. L. qui potest facere*, §. 1. *de regul. iur.* Idque est, quod alia regula iuris dicitur, eius esse nolle, qui potest & velle. *L. eius*, *D. de regul. iur.* Ne hanc quidem sententiam mutat Iustinianus in *L. 1. §. ult. C. de ann. exc.* cum ita definit, & in maternis rebus, & in cæteris quæ patri non acquiruntur, filiumfamilias actionem movere non posse, quandiu est in potestate patris; ideo nec eum per id tempus exceptionem temporalem metuere. Apparet enim his verbis loqui eum de iis rebus, quarum proprietas quidem non acquiritur patri, sed tamen acquiritur ususfructus. Talia enim fuerunt & sunt bona materna. *L. cum oportet*, *L. ult*, in princip. *C. de bon. quæ lib.* & præterea constat ex *d L. ult.* §. *ubi autem*, *de bon quæ lib.* quæ res pleno iure acquiruntur filiofamilias etiam ad usumfructum, semper hoc relictum filio, ut de his agere posset etiam in potestate manens, etsi interdum patris consensum hic exigit Iustinianus.

XVI. Si de profecticio peculio agitur, hic ius summum postulabat, ut solus pater de eo peculio ageret, deque omni caussa ad id peculium pertinente, veluti si filiusfamilias negotium alienum gerens pecuniam peculii profecticii in eam rem impenderit, si mutuo dederit, deposuerit, si quid in eo peculio damni passus sit. Nam & peculium profecticium, & quod inde paratur, totum patri acquiritur & veteri & novo iure. §. 1. *Inst. per quas pers.* Sed placuit & de his filiumfamilias interdum agere posse etiam suo nomine: verum his conditionibus, ut neque semper agere possit, neque ex omnibus caussis, neque directa actio ei competat. Primum non semper potest agere. Non enim potest, si pater præsens sit, qui possit de re agere; quoniam eius actio est, ut ante dixi, de qua ob id pro arbitrio statuere illi concedendum est. Idem est, etsi adsit patris procurator, qui velit patris nomine experiri. Tunc ergo solum ex caussa peculii profecticii licet filiofamilias agere suo nomine, si peregre absit puta studiorum, aut legationis caussa, & nec pater ibi sit, nec procurator quisquam, qui patris nomine experiatur. Conditio adiecta in *L. filiusfamilias*, in princ. *D. de proc. L. si longius*, §. 1. *D. de iud.* Cur ergo hic potius actio illi data in re quam patris esse constabat? nam quidquid hic iuris est in peculio profecticio, quidquid partum ex ea caussa, patri acquiri iam ante diximus. Utilitas id suasit: quia scilicet futurum est, ut nisi filio suo nomine agere liceat, sæpe damnum aut fraudem patiatur impune: non convenit autem maleficia esse impunita; & multo minus pati filium dum pater expectatur, laborare contra voluntatem patris: ratio reddita in *d. L. si longius*, § 1. Sed etsi ita pater aberit, nec quisquam erit procurator patris; non tamen ex omnibus caussis actio de peculio profecticio filiofamilias concessa est. Ut damnum aut iniuriam, fraudemve patiatur, qua ipse laboret, exigimus. *d. L. si longius*, §. 1.

XVII. Quod ubi fit, qua ex caussa id accidat, maleficione, an ex contractu, & quo contracto, nihil interest. Iulianus quidem putabat filiumfamilias suo nomine nullam actionem habere nisi iniuriarum, & quod vi aut clam, & depositi, & commodati, ut refertur in *L. filiusfamilias*, 9. *D. de obl. & act.* Ulpianus autem affirmanter in omnibus in quibus idem damnum & iniuriam metuerimus, admisit in *d. L. si longius*, §. 1. *de iud.* Contraria hæc esse putaremus, nisi ipse eodem

dem in loco rem expediret, doceretque quomodo sententiam illam Iuliani accipere deberemus. Ibi enim Ulpianus agnoscit Iulianum ita scripsisse, ut ante diximus: sed eam sententiam interpretatur, & nominatim producit longius ad omnes similes caussas: idque se facere ostendit motum ratione, qua Iulianus usus erat in superioribus illis quatuor caussis. Ratio hæc erat, ne furtum vel damnum iniuria impune patiatur filius, dum pater exspectatur. Hanc rationem accipit, atque hinc convenienter Iuliani sententiæ ita ratiocinatur. Valet hæc quoque ratio in multis aliis caussis. *Unde*, inquit, *ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, possit filius agere utili iudicio*, quæcunque caussa incidat, in qua idem incommodum filii & eandem fraudis impunitatem metuamus. Nam quod vulgo hæc ita conciliant, ut Iulianum loqui velint de directa actione, quam ille in quatuor caussis ab eo relatis admiserit, Ulpianum autem de utili; neque verbis Iuliani convenit, & verbis Ulpiani, ac re ipsa plus satis refellitur. Ait Iulianus filiumfamilias habere actionem, quod vi aut clam, depositi, commodati, suo nomine. Hoc vero non est habere actionem directam: nam & qui utiles actiones habet, eas habet suo [14] nomine. *L. procurator in rem, D. de proc. L. ult. C. quand fisc. vel priv.* Ulpianus autem diserte scribit Iuliano placere posse filiumfamilias in superioribus caussis utili iudicio agere: quod qui dicit, directam actionem competere negat: hæ enim actiones inter se opponuntur. *§. ult. Inst. de leg. Aquil.* Sed & res ipsa cogit id fateri, de quo paulo post.

XVIII. Tantum meminerimus hoc concessum filiofamilias, in iis caussis, in quibus nisi ei agere liceat, aliquid damni aut iniuriæ passurus sit, ut fit, cum peculium datum est studinso ad libros, & victum; peregre proficiscenti legationis caussa datum ad res ad eam legationem necessarias. Quod si proponas filiumfamilias negotiatorem, cui merces a patre datæ sint exercendæ, quibus dum carebit filiusfamilias, non eo magis cariturus sit rebus ad victum necessariis, intelligemus de his nullam ei actionem esse suo nomine: quia cesset utilitatis ratio, quæ hanc actionem admittebat. Agere quidem potest filiusfamilias ex omnibus caussis patris nomine, etiamsi de contractu paterno, non peculiari caussa agitur, nec mandatum patris desiderabitur. Sed tum cavere debet patrem rem ratam habiturum. *L. sed & ea, L. Pomponius, §. ult. D. de proc.* quod non item exigitur ab eo, qui agit suo nomine. *L. servum, §. ait, D. de proc.* Ad sententiam superiorem Ulpiani referri debet, quod ab eodem scriptum legimus in *L. factum, D. de oblig. & act.* in factum actiones & filiosfamilias posse exercere. Hoc sentit, ubicunque filiofamilias nocitum sit in rebus peculiaribus, quæ iure sint patris, posse filium actionem exercere suo nomine, non solum si civilis sit actio ex maleficio aut contractu: sed etiam si prætoria ex maleficio; hæc enim dicitur in factum. *L. quia, D. de præsc. verb.*

XIX. Utrunque autem & superioribus conditionibus, & superioribus in caussis filiofamilias agere licet ex caussa peculii profecticii suo nomine, nunquam tamen, ut ante attigi, illi datur directa actio, sed tantum utilis, ut diserte scriptum est in *d. L. si longius, §. 1. de iud.* etiam in illis caussis, in quibus solis Iulianus admittebat filiumfamilias actionem habere suo nomine: quæ actio eadem dicitur extraordinaria in *L. cum filiusfamilias, D. si cer. pet.* Et vero alia actio hic filio dari non potest. Iam enim ante dixi, quacunque ex caussa huius peculii actio est, hanc omnem esse quæsitam patri, ut omnia quæ ad caussam huius peculii pertinent. Quod si est, omnino directa actio filiofamilias suo nomine competere non potest. Ita restat, ut si qua hic illi detur suo nomine, ea sit utilis, & extra ordinem iuris civilis consuetum comparata ex sententia iuris. Nam isto sensu utilis directæ opponitur, ut dixi, *d. §. ult. Inst. de leg. Aquil.*

XX. Hic nobis ex omnibus ad peculium profectitium pertinentibus excipienda est dotis profecticiæ actio. Hic quanvis dos sit filiæfamilias proprium patrimonium: *L. 3. § ergo, D. de minor.* tamen actio patri data est, quam ille solus exerceat, quandiu filia in potestate est, etsi ex voluntate filiæ. *L. 2. L. 3. D. sol. mat.* Et quidem patri ita data, ut quanvis pater absit, aut sit furiosus, nec sit quisquam, qui patris nomine iure experiatur: nunquam tamen filiafamilias possit de dote

14) Ita & Gifan. *ad d. L. 9. de O. & A. n. 4.* Sc. Gent. *de Bon. mat. C. 26. p. 173. & seq* scribens Bart. & Accurs. pueriliter lapsos esse. De actione quod vi aut clam, de qua *d. L. 9.* contraria videtur *L. 13. § 2. Quod vi.* Unde A. Fab. *1. Iurisp. 8. Princ. 6. Ill. 7.* filiumfamilias experiri ea quoad primam partem interdicti si quid vi factum *d. L. 9. & d. L. 13. §. 1. L. 19 Quod vi & clam.* Non item quoad secundam, si clam factum *d. L. 13. §. 2.* Studiosum sine consensu patris in omnibus agere posse putat Rebuff. *Privil. Scholast. 155.*

dote agere suo nomine: sed tantum nomine patris. Sine mandato quidem, ut supra dixi, tanquam una ex liberis: *L. sed & eo: D. de pact.* nunquam tamen nisi pro communi lege eorum, qui alieno nomine agunt, ut caveat patrem rem ratam habiturum. *L. si cum dotem, §. si patri, §. si soluto. D. sol. mat.*

XXI. In patribusfamilias duæ res agentis personam removent, ætas, & magistratus. Ab ætate pupillum, & adolescentem. Pupilli tutore auctore, adolescentes auctore curatore recte iudicio agunt: sine tutoris autem aut curatoris [15] auctoritate agentes non audiuntur. *L. 1. L. 2. C. qui leg. pers. stand. in iud. hab.* Quod minorum caussa præcipue constitutum est. Fieri enim potest, ut agentes vincantur, Datum hoc ætati, ut si quid adversus indefensos pronuntiatum sit, iudicati auctoritate non utatur. *d. L. 1. C. qui leg. pers. L. contra. D. de re iud.* Etsi ergo fieri etiam potest, ut his agentibus adversarius damnetur; tamen quia hoc incertum est, & potest contra evenire, non est æquum in hoc incerto cogi adversarium ancipitis iudicii periculum subire. Quapropter quandiu ante rem iudicatam his agentibus nullus tutor aut curator erit, iure semper removebuntur, ut in iudicio quod nondum consistat.

XXII. Quod si adversarius patietur his non remotis sententiam fieri, & forte adversus eum pro minoribus iudicatum erit, non eo minus sententia [16] valebit. Quippe, inquit Gordianus in hanc sententiam, *minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit.* *L.* non eo minus. *C. de proc.* & hoc est, quod generaliter traditur, quod favore quorundam constitutum est, non debere adversus eos converti, quo ipsis noceat. *L. quod favore. C. de legib. L. nulla. D. eod.*

XXIII. Excipienda est in minorum persona caussa momentaneæ possessionis: de qua ita scriptum est in *L. ult. C. qui leg. pers.* momentaneæ possessionis actionem exerceri posse per quamlibet personam. Ergo & per pupillum, si intelligat, quid agatur; multoque magis per adolescentem. Quod sic accipiendum est, ut possint etiam sine tutoris aut curatoris auctoritate. Nam hac interveniente non hæc tantum actio, sed & aliqua quævis per pupillos & adolescentes exerceri potest. *d. L. 1. & L. 2. C. qui leg. pers.* Est autem actio momentaneæ possessionis, quacunque agitur de possessione vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda, [17] cuius & mentio est in *L. momentaneæ, C. unde vi. L. unica, C. si de moment. poss. ag.* sic dicta, quod quæcunque possessio obtinetur iudicio possessorio, ea, [18] momento tantum durat ei, qui eam abstulit. Nam hanc sequitur caussa proprietatis, in qua sæpe vincit, qui de possessione victus fuerat, & possessionem ita ad se transfert. *§. retinendæ, Inst. de interd.* Hæc res facit, ut sive minores in hac caussa vincant, non debeat his denegari actio; sive vincantur, sit his adhuc caussa proprietatis integra, nec magnum [19] damnum sit in possessione amissa, quæ etsi quæsita esset sententia iudicis, tamen non nisi momento erat duratura.

Tom. IV. Yyy XXIV.

15) Infantes vero ne quidem cum ea ut nec furiosi ac mente capti, vid. Wesenb. *ad Rub. C. Qui Leg. pers. n. 10. & seqq.* Gail. 2. *Obs.* 108. Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Res. 6. de iudic.* Gerard. Maynard. *Lib. 3. Decis.* 44. Et ad hoc cogitur minor accipere curatorem *§. 2. I. de curat.* non præcise, sed ita si agere velit, ac si nolit petere iudex ex officio dabit *L. 3. §. 2. in fin. de tute. L. 1. C. Qui pet. tut.* vid. Fachin. 8. *Contr.* 60. Gail. *d. Obs.* 108. *n.* 3. Idem est in muto, surdo, prodigo, Wes. *d. lo.* Vant. *de Nullit. ex def. habilit. n.* 25 quod de surdo solo tradit Zan. *de Except P. 2. C. 8. n.* 5. de prodigo Rosbach. *tit.* 10. *n.* 11. In foro Saxonico. mulier nupta vel innuba per se iudicio agere nequit, sed adiungendus ei curator ad litem, vid. Landr. *Lib. 1. Art.* 44. & 46. *Nov. Elect. August.* 15. *P. 2. ibique,* Mollet. & *idem* 1. *Semestr.* 18. Coler. *Decis.* 67. Zang. *d. C.* 8. *n.* 6. Quod tamen non attendi in foro ecclesiastico & consistoriis, scribit Wes. *in t. C. de iurisd. n.* 98

16) Quod generale in omnibus, qui sine curatore nihil gerere possunt, Wes. *in Rub. C. Qui leg. pers. n.* 12.

17) De quo tamen intra nostrorum contentio est. Alii enim solum spoliationis, seu recuperandæ possessionis iudicium intelligunt, cum quibus Wes. *Cons.* 1. *n.* 13. & *seq.* per *L.* 8. iunct. *Rub. C. unde vi &c.* & *ad Rub. C. Qui leg. pers. n.* 15. Alii retinendæ, ut veteres fere omnes, teste Rauchbaro *P. 2. Q. 6. n.* 2. Alii possessionis eius, quæ non longo tempore mansura & per probationem in petitorio faciendam facile reparari potest. Ut si legatarius occupaverit, & heres se mitti petat in bonorum possessionem, ut Falcidiam vel Trebellianicam deducat. Octav. Chacheran *Decis.* 25. *n.* 7. Alii possessorem summarium quod ordinario opponunt. Sed recte noster, vid. Cuiacius 1. *Obs* 20. & *in Par. C. si de mont. poss.* & *C. de interd.* Rauchb. *P. 2. Q.* 6.

18) Aliter Cuiac. 1. *Obs.* 20. quia statim sine ulla cunctatione restituenda, salvo dominii iure, & Hotom. *ad L.* 10. *C. de iudic.* Wes. *ad Rub. C. n.* 15. quia quam celerrime citra moram iudicii quæstio terminetur. Planius Vult. *in L. un. C. Ubi de Poss. agi n.* 28 & *seqq.* scribens voces hanc ignotas ICtis, nec reperiri ante Constantinum. Esse autem epitheton possessionis de qua in possessorio contenditur. Sicque vocari ad differentiam certæ & perpetuæ, de qua aut nulla lis aut quæ est de iure rei. Hæc non constituitur ut perpetua sit, sed habetur ad momentum, quoad caussa petitorio decisa vel aboleatur vel continuetur ac perpetua fiat. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 9. refellit eos qui hinc inferunt possessionem esse rem parvi momenti, infelicius tamen ipse *n.* 6. sic dicta quod sit res maximi ponderis & momenti.

19) Quod si non modicum præiudicium, in integrum restitui posse, vult Trentacinq. 2. *Resol. T. de iudic. Res.* 6. *n.* 12. Sunt & aliæ exceptiones. Quod superiorem in petitione alimentorum *L. 1. C. de alim. pup. præst.* interdicto de libero homine exhibendo *L. 3. §. 11 de lib. hom. exh.* Quidam addunt speciem *L. 16. de I. fisci.* Sed non loquitur de actione ulla contra quenvis intentata, sed delatione propria rei incapaci relictæ *L. 13. pr. & deinceps eod.* quæ fit sine iudicio, sine adversario. Quoad minorem

XXIV. Magiſtratum quoque qui iuriſdictioni præeſt, quique in ea imperium poteſtatemve habet, qualis deſcribitur in *L. 2. D. de in ius voc.* ſi eſt temporalis, puta [20] annuus, aut biennalis, placuit per id tempus, quo magiſtratu fungitur, agere adverſus alios non poſſe neque ſuo nomine, neque eorum cuiuſquam qui ad tutelam aut curam eius pertinent. Hoc intelligimus cautum eſſe reſcriptio Hadriani, quod Græce ſcriptum exſtat in *L. pars, D. de iud.* Eſt enim ius ſuperius eo reſcripto conſtitutum de iis, quos reſcriptum vocat ἄρχοντας. Hos Alciatus interpretatur [21] magiſtratus Athenienſes, quos annuos fuiſſe conſtat: hæc ille *Lib. 4. Diſpunct. C. 6.* Antonius Auguſtinus *in commentario* ad Modeſtinum hoc verbo omnes magiſtratus provinciales ſignificari exiſtimat, qui & ipſi annui fuerunt. Nos ad omnes magiſtratus populi Romani, qui cum imperio ſunt, tam urbanos, quam provinciales pertinere intelligimus; & horum exemplo ad omnes omnino magiſtratus annuos aut biennales, qui uſquam ſunt, qui modo iuriſdictioni præſunt cum imperio. Nec dubitabimus id ita eſſe, ſive verbum ipſum ſpectemus, ſive reſcripti ſententiam. Verbo dicti ſint ſane Græcis peculiariter ἄρχοντες; ſed non eo minus magiſtratus Romani eodem verbo appellari poſſunt: atque adeo ſi convertere in Græcum velimus, non alio verbo commodiore ad exprimendam Latini verbi magiſtratus vim uti liceat. Nam ἄρχεσθαι eſt cum imperio præeſſe. Hoc autem proprium magiſtratus. Unde dicuntur magiſtratus præeſſe iuri dicundo. *L. 2. §. poſt originem, D. de orig. & iur.* & pro eodem tribunali præeſſe. *L. 1. D. de iud.* Sed & Cicero *lib. 3. de legib.* diſerte ſcribit, hoc ipſum præeſſe proprium eſſe magiſtratus, his verbis: *Videtis igitur magiſtratus hanc eſſe vim, ut præſit, præſcribatque recta, & utilia, & coniuncta cum legibus.* Si de ſententia reſcripti quæritur, etiamſi reſcriptum directum tantum eſſet ad Athenienſes, & ſcriptum de magiſtratibus tantum Athenienſibus: tamen ad magiſtratus populi Romani & ſimiles transferri deberet. Videndum eſt enim, quamobrem vetetur magiſtratus annuus, qui cum imperio eſt, per id tempus quo in magiſtratu eſt, iudicio agere. Reperiemus duas res illum removere iuſtiſſimas & æquiſſimas, potentiam perſonæ, & modicum tempus, quo abſtinere iudicio cogitur. Potentia ea eſt, quæ terrere poſſit non ſolum adverſarium, ut de iure ſuo cedat; ſed etiam iudicem, ne quid facile adverſus magiſtratum, cuius ea iuriſdictio eſt, ſtatuat. Sed & in ea potentia auctoritas magiſtratus & gratia facile perſuadeat iudici, ut velit magiſtratui gratificari. Modicum intervallum ſilentii facit, ne qua hic iniuria fiat magiſtratui, ſi & ſtatim non licet ius ſuum perſequi. Nam ut eſt in *L. ſi debitori. D. de iud.* non eſt magnum damnum in mora modici temporis. Hoc autem multo minus metuendum divitibus & facile agentibus, quales eſſe ſolent magiſtratus: ut eam moram ſine ullo incommodo facile ferre poſſint. Harum cauſſarum utraque aut par aut maior in magiſtratibus populi Romani, & his urbanis. Proinde & in his, & ſi qui uſquam in iuriſdictione pari imperio ſunt, idem ius admittendum. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Poſtremo ne dubitemus, quod de magiſtratibus provincialibus reſcriptum eſt, id ad prætorem, & eos qui in urbe ius dicunt, transferre; etiam id faciendum eſſe nominatim ſcriptum

norem puberem generalis exceptio in cauſſis ſpiritualibus & ab eiſdem dependentibus C. *ult. de iudic. n. 6.* Trentacinq. *d. loc. n. 8.* Gail. 2. *Obſ.* 108. *n. 9.* ut & ſunt matrimoniales *C. ex parte* 14. *de reſt. ſpol.* quia cum capax ſit matrimonii, etiam actionis coniugii exercendæ. Weſ. *d. loc. n.* 12 Idemque eſſe in cauſſa dotis, ſi incidenter de ea agatur, ut a matrimonio dependeat; ſecus ſi principaliter & per ſe, maxime ſoluto matrimonio, communius cenſent, teſte Trentacinq. *d. loc. n.* 10 (qui ipſe tamen poſt relatas 4. variantes opiniones indiſtincte negat.) Et in criminalibus minorem non arceri probat Weſ. *d. loc. n.* 12. *ex L. 8. de accuſ.* quia ibi pupillus prohibetur. Ergo minor admittitur. Pupillus enim ab accuſatione omnimodo arcetur, id eſt etiamſi tutoris auctoritas adhibeatur, ſi non ſuam ſuorumve iniuriam exſequatur, quo caſu & pupillus admittetur *L. 11. de accuſ.* non tamen puto ſine tutore. Quod & confirmat *L. 15. §. 6. de adult.* quia ſpecialiter L. Iulia arcetur ab accuſatione adulterii, niſi ſui thori violationem vindicet. In aliis ſi ſuam ſuorumve iniuriam exſequatur, etiam pupillus admittitur, ut probat *L. 11. princ.* ionct *d. L. 8. de accuſ.* Num vero ſine tutore? Subſiſto. Puto enim a reliquis accuſationibus omnino pupillum arceri, etſi adhibeatur tutoris auctoritas. Denique ſi minor ſine curatore iuraverit, ſe non venturum contra proceſſum & ſententiam, valere iudicium ob vim iuramenti, Trentacinq. *d. loc. n. 5:* Quod ſi ex iuris civilis regulis metiaris, utique falſum eſt *C. 5. Cod. de LL. & ſimil.*

20) Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 261. Romæ omnes magiſtratus annuos fuiſſe ex lege Villia, Livius *Lib.* 40. præter Cenſuram quæ in ſeſquiannum prius, deinde in quinquennium prorogata. Ex annua fuiſſe officia probat *L. 2. §. 24. de O. I. L. 36. pr. de cond. & dem. L. 4. C. de ſuſcept. prapoſ: Lib. 10. tit.* 70. Quintilian. Mandof. in *Annal. caſib. n. 121. & ſeqq.* Sane & dictatura & magiſterium equitum fuerunt ſemeſtres, Perion. *Lib. 1. de Rom. & Græc. mag. p.* 273. Sed Dictaturam Bodinus curationem vocat, ac a magiſtratu diſtinguit *d. C. 2.* Temporales an perpetuos eſſe magiſtratus expediat, vid. Antimach. *Lib. 3. Theorem.* 35. *p.* 760. P. Greg. 4. *de Rep. P.* 5. *n. 35. & ſeqq.* exacte Bodin. 4. *de Rep. 4. toto.* Confer. Scip. Amirat. *Differt. Polit. in Tacit. Lib.* 1. *Diſcurſ. ult.*

21) Nam magiſtratus etiam maximarum urbium, cuiuſmodi Athenæ, dum Romanis ſubiectæ fuerunt, municipales habiti. Nec ullæ olim in imperio Romano civitates liberæ, ſed omnes privatorum loco. Matth. Steph. *Lib. 2. de iuriſd. P. 2. C. 1. n.* 49. Et cum Romani quoque magiſtratus minores agere & conveniri potuerunt *L. 2. de in ius voc. L. 32. de iniur.* Duar. *de Iudic. Cap. Qui agere poſſ. in fin.* Pac. 3. Ʃ. 29. hi multo magis *L. 29. §. 7. ad L. Aquil.* Scip. Gentil. 2. *de Iuriſd.* 5.

ptum est ab Ulpiano in *L.* 1. §. *damus*, *D. de susp. tut.* cuius hæc verba sunt: *cum enim sit in provincia hoc rescriptum*, *consequens erit dicere & cum cui a pretore mandata est iurisdictio, posse de suspecto cognoscere.*

C A P. V.

De reis: qui ex his conditione personæ iudicio consistere, & conveniri non possint.

Iudicio conveniri non posse servos ulla de caussa. I.
Nec ideo tali nomine dominos obligari de peculio. II.
Sicut neque ex servi compromisso, nec ex iureiurando per eum delato. III.
Filiosfamilias ex omni caussa conveniri etiam invitos, & invito eorum patre. IV.
Iidem etsi conveniuntur, non tamen agunt ex omnibus caussis. Differentiæ ratio. V.
De re peculiari profectitia seu adventitia au, & quatenus conveniatur filiusfamilias. Cur hic aliter, atque in actione personali. VI.
Pupillos & minores nulla omnino de caussa per se conveniri iudicio posse. VII.
Item nec Magistratus cum imperio annuos, & quare. VIII.

I. Eadem prope reorum, quæ actorum conditio est, cum quæritur, qui conditione personæ iudicio conveniri possint, aut non possint: nonnihil tamen dissimilis: de quo ut recte, & distincte statui possit, licet in iis qui conveniri non possunt, eosdem illos ordines observare; servos, filiosfamilias, patresfamilias; ac videre, quid item ad conveniendi facultatem iuris sit in singulis. Et de servis iam supra dixi, servos in totum in iudicio consistere non posse, sive agant, sive conveniantur. *L. servus*, 6. *L. cum debitoris*, 7. *C. de iud.* Quod ius in his qui conveniuntur præcipue obtinet. Itaque si quis adversus servum actionem sibi dari postulet, non dubitatur, quin servus iudicium recte recuset, etiamsi actor de re sua aut ad ius suum pertinente, quæ apud servum sit, experiatur. *d. L. cum debitoris*, *C. de iud.*

II. Sed etsi servus passus sit secum agi, & sententia dicta adversus eum, placet nihil agere sententiam. *d. L. servus*, *C. de ind.* Unde intelligitur, nullam hinc iudicati actionem esse, qua condemnatus servus dominum obliget vel de peculio. Ius quidem certum est obligari dominos de peculio ex contractibus servorum. §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Nec minus certum, iudicio contrahi. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecu.* Sed non ideo efficitur iudicio cum servo interposito, & servo condemnato dominum ex ea caussa obligari de peculio. Sane enim iudicio contrahitur; sed ita, si prius iudicium sit, quod institutum est, id est, si iure consistat. Nam & stipulatione contrahi recte dicimus: sed ita, si stipulatio valeat: nam inutilis, & quæ iure non valet, non est stipulatio. Sic nec iudicium, quod iure non consistit. Effectum est autem cum servis nullum iudicium consistere. Quare nec ullus est ex ea caussa contractus, ex quo dominus obligari possit de peculio.

III. Hoc iure in iudiciis recepto, visum est & in iis factis admittendum, quæ iudicii instar habent, quod & factum est. Hinc duo hæc in servis improbata ita, ut nullo modo dominis noceant: compromissum servi, & iusiurandum ab eo delatum: non alia de caussa, quam quod servus iudicii capax non est: hæc autem iudicii vicem obtinent. Servus cum pro libero se gereret, si in controversia quam cum alio interpositam habuit, arbitrum sumpsit, & compromisit pœnam, si sententiæ non staret; quanvis postea victus non pareat arbitri sententiæ, placet tamen actionem de peculio in dominum non esse dandam ex pœna compromissi, quasi ex contractu & stipulatione servi: idque hoc argumento, quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in dominum actio. Hoc in *L.* 3. §. *si servus*, *D. de pecul.* At unde ista collectio? ex eo, quod compromissa ad similitudinem iudicii redacta sunt. *L.* 1. *D. de recep.* Similiter si servus in eadem controversia iusiurandum deferat adversario, & is iuraverit sibi deberi: placet in dominum actionem de peculio non dari: quanvis alioqui & iureiurando contrahatur. *L.* 5. §. 1. *D. de pec.* Hoc ex eadem caussa, qua superius, quia iurisiurandi delatio habet instar iudicii. *L. qui iurasse*, §. *ult. D. de iureiur.*

IV. Filiorumfamilias non eadem caussa est, si conveniantur, quam his agentibus esse diximus. Filiusfamilias ex caussis peculii adventicii, & profecticii suo nomine aut actionem non habet, aut non nisi ex caussa: & ubi maxime eius actio esse debuit, sæpe non permittitur ei agere nisi consentiente patre, ut superiore capite docuimus. Diversa caussa obligati & conventi. Filiusfamilias ex omnibus caussis tamquam paterfamilias obligatur: & ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest: sic definitio est Caii in *L. filiusfamilias*, 39. *D. de oblig. & act.* Hoc idem aliis verbis Ulpianus in *L. tam ex contractibus*, *D.* de iud. *tam ex contractibus*, inquit, *quam ex delictis in filiumfamilias competit actio*. Quæ cum dicantur, nempe hoc dicitur, cum filiofamilias etiam invito ex omnibus his caussis agi posse. Nam & actio & ex actione iudicium sunt in invitum. *L. inter*, §. 1. *D. de verbor. obligat.* Sed & actio non est nisi adversus eum qui debet ex definitione. Non est autem debitor, nisi a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. sign.* Quorsum hoc? ut intelligatur sic cum filiofamilias obligato agi posse ex omnibus caussis, ut possit agi [1] etiam invito patre. Non enim potest adversus invitum agi, si est aliquis, qui dissentiens potest actionem impedire. Quanquam quid opus est verbis; cum dicatur cum filiofamilias tanquam cum patrefamilias agi posse. Nam ut recte agatur cum patrefamilias maiore, non exigitur cuiusquam alterius consensus. Proinde nec cum agitur adversus filiumfamilias, exigemus consensum patris. Sed & hoc cum dicimus recte fieri ex omnibus caussis, satis declaratur non tantum si ex contractibus agatur cum filiofamilias, sed etiam si ex delictis, licet invito patre, nihilominus iudicium consistere. Unde evenier, ut si filiusfamilias iudicio ob maleficium conventus damnatus sit, incipiat is nova actione iudicati teneri, idque quasi ex contractu: quia iudicio contrahatur, ubi iudicium constiterit. Cui iam & illud consequens esse recte placuit, ut ista iudicati actione tanquam ex contractu nata pater quoque teneatur de peculio: quanvis initio obligationis inspecto ea caussa fuerit, ex qua pater non potuerit de peculio actionem pati, nempe maleficium filii, cuius nomine pater non tenetur. §. *ult. Instit. de nox. act.* Hæc ad hanc sententiam in *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Omnia ex eo, quod dum cum filiofamilias recte agi dicimus, etiam cum eo iudicium consistere, & iudicio utili contrahi dicimus.

V. Sed cum filiusfamilias ex omnibus caussis agere non possit, etiamsi de re ab eo contracta agatur: qui fit, ut ex omnibus caussis possit conveniri: cum reorum favor exigere videatur potius, ut si filiisfamilias denegatur actio agentibus, multo magis adversus eos conventos denegari debeat? Dicere enim solemus favorabiliores esse reos, quam actores. *L. favorabiliores*, *D. de regul. iur.* Hoc eo fit, quod longe de alia re agit filiusfamilias, & de alia convenitur. Agit de re ad patrem pertinente, aut certe ea cuius actionem ius voluit esse patris. Non mirum, si hanc in iudicium non deducit, nisi iis conditionibus, quibus ius concedit. At tenetur filiusfamilias obligatione sua, non paterna, atque hoc nomine solum convenitur. Ideo recte convenitur ex persona tantum sua sine ullo consensu patris. At enim sive agat, sive conveniatur, ut plurimum agitur de re ab eo contracta. Qui fit igitur ut in eodem contractu si quid inde filio debeatur, ipse non agat, sed pater: si quid debeat, ipse conveniatur, non pater? Quia alia acquirendi ratio est, alia obligandi. Perpetua hæc est regula naturæ, valetque non in extraneis tantum, sed etiam in filiis; unumquemque alterius conditionem meliorem facere posse ei acquirendo, deteriorem facere non posse vel obligando eum, vel ei quid detrahendo. *L. solvendo*, *D. de negot. gest.* *L. filius*, *C. de pact.* Nihil ergo ad rem pertinet, quod dicitur favorabiliores esse reos, quam actores. Hoc enim tunc solum locum habet, cum par utriusque caussa est actoris & rei, quæriturque, utri favendum sit potius. *L. in pari*, *D. de regul. iur.* §. *retinendæ*, *Instit. de interd.* Dissimiles caussæ merito in utriusque persona aliud atque aliud ius postulant.

VI. Sed hæc dicta sunt de actionibus in personam, quibus ideo convenitur filiusfamilias, quia se ante obligatione aliqua obstrinxerit aut delinquendo, aut contrahendo. Non idem probandum est, si de proprietate rerum peculiarium, quæ ex peculio adventicio, aut profecticio sunt, conveniantur. Nam hic aut res est patris, aut ad curam & possessionem patris ex constitutionibus pertinens. Ideo & patrem in his

1) Rosbach. *Process. Tit* 11. *n.* 12. Sc. Gent. *de Bon. mat.* C. 26. *p.* 269. *& seq.* quia in carcerem trudi potest, si nec ipse habeat unde solvat, nec pro eo velit pater, quando non tenetur, vid. supra *Lib.* 12. C. 24 *N.* 1. Ex caussa castrensis peculii itidem patri in filium actio, etiam furti utilis *L.* 52. §. 5. *de furt.* Coteræ. *de Privil. mil. Lib.* 2. C. 7.

his suscipere debere actiones placuit, quamvis de adventiciis honis agatur, in quibus solus usufructus sit patris: tantummodo ut adhibeatur consensus filii. *L. ultim.* §. *fin autem, C. de bon. quae lib.* Quod si rerum adventiciarium proprietas & ususfructus filii erit, repudiante eas res patre; constitutum est a Iustiniano sic posse hoc casu filiumfamilias de his rebus conveniri, ut tamen non possit nisi consentiente patre, quemadmodum nec de his nisi consentiente patre agere poterit. *ead. L. ult.* §. 1. in fin. *de bon. quae lib.* Differentiae ratio est, quod cum filius actione personali convenitur, etiamsi damnetur, non est periculum, ne videatur de re patris damnari, atque hoc modo patri quid detrahi. Damnatur, ut quid praestet: verum de suo, non de paternis rebus, aut ad administrationem & alienationem patris pertinentibus. Itaque si quid habet proprium, veluti peculium, castrense, de eo recte solvet sine iniuria patris. Si nihil habet, non est periculum ne praestet de rebus peculiaribus; quoniam haec non sunt eius. At eum res patris est, vel proprietate, vel fructu, non potest ea res filio auferri iudicio, quin auferatur patri, quod suum est. Hoc vero ut fiat invito patre, concedi non oportet: ac ne tunc quidem, cum dubitatur, an pater repudiaverit rei adventiciae usumfructum; quam ob caussam & filio suscipiente in ea re actiones Iustiniano visum est exigendum patris consensum.

VII. In patribusfamilias animadverto, qui conditione personae agere pro tempore non possunt, iisdem vice mutua datum, ne possint [2] conveniri. Datum igitur hoc & aetati, & magistratui. Ab aetate [3] pupillis & adolescentibus. Hi ut sine tutoris curatorisve auctoritate agere non possunt; ita sine horum actoritate multo minus conveniri, ne indefensi damnentur. *L. 1. L. 2. C. qui legit. perso. stan. in iud hab. L. contra, D. de re iudic.* Neque hic ulla caussa excipitur, in qua conveniantur minores, ne[4] momentaneae quidem possessionis. Volentes ex hac caussa agere per se possunt. *L. ult. C. qui legit. perso.* At non item concessum, ut conveniantur, cum non conveniantur nisi inviti, & praeterea futurum sit, ut damnati hoc iudicio id quod prius habuerunt, amittant. Magistratus autem [5] annuos qui imperium potestatemve in iurisdictione habeant, cautum est eodem illo rescripto Hadriani, quandiu magistratu funguntur, conveniri non posse. *d. L. pars, D. de iud.* Non id datum magistratui ob eandem caussam, qua illi per idem tempus denegatur actio. Denegatur enim, quia iure metuitur eius potentia, & gratia, a quibus periculum est, ne quid deterius statuatur iniuria adversus inferiorem adversarium. Nihil simile metuimus, cum privatus adversus magistratum agere instituit: Nulla enim privata potentia est, quae infesta esse possit magistratui. Sed nec metuendum, ne qua hic iniuria fiat privato, si actionem adversus potentiorem instituat: quoniam si is potentiam magistratus metuit, est in eius potestate non agere, etiamsi maxime magistratus conditione personae conveniri posset. Si nihilominus agit, de se queri debet, nec videri potest volenti, & periculum ultro in se suscipienti fieri iniuria. *L. nemo videtur, D. de regul. iur.* Remota igitur hic omni iniuriae suspicione, si magistratus quandiu in magistratu est, conveniatur, non alia, puto, videri potest denegatae adversus magistratum actionis ratio, quam haec, quod si denegatur magistratui actio adversus privatos, non sit iniquum, ut privati idem ius & adversus se admittant, ne & ipsis sit actio per idem tempus adversus magistratum. Videturque pertinere huius rei ratio ad illam aequitatem edicti praetorii, qua placet, quod quisque iuris in alterius persona aequum esse crediderit, ut id in sua quoque persona valere patiatur. *L. 1. D. quod quis. iur.*

CAP.

[2] Quod non perpetuum. Excommunicati enim & banniti utique iudicio conveniri possunt, Gail 2. *de Pa. publ.* 12. *n.* 17. *& seqq.* ubi tradit personam rei per citationem actoris habilem effici, ut nulla postea contra eum exceptio audiatur, qui in iudicio necessario existit. Et Rosbach. *tit.* 11. *n.* 4. *&* 5 legitimam personam standi in reo necessario non requiri, quia persona eius ab adversario approbata, & defensio iuris naturalis. In voluntario vero requiri, qui ratione alicuius interesse se sistit &c add. *C. praeced. N.* 9. *sub. fin.*

[3] Item Ecclesia sine curatoribus suis & oeconomis *L.* 32. *C de Ep. & cler.* Unde sede vacante iudicia ad eam pertinentia cessant active & passive *C. ult. extra. Ne sede vac.* Wes. *in Rub. C. Qui L. pers. n.* 45.

[4] Ita DD. comm. & uno ore, ceu refert Trentacinq. *Lib.* 2. *Resol.* 6. *de iudic. n* 12.

[5] Maiores scilicet, non minores, nec municipales, vid. *C. praeced. N.* 11. Sed & in illis exceptio nisi in officio deliquerint *L.* 4. *C. ad L. Iul. repet.* Pac. 3 Q. 29. Et generaliter si periculum, ne dies actionis exeat, hactenus agere & conveniri magistratus posse, ut lis contestetur *L.* 16 *de Off. praes.* vid. Io. Mauric. *de Rest. in int. C.* 392. Alias deposito magistratu conveniendus. Unde 50. dies ei, qui in provincia magistratum gesserat, permanendum erat. Si excessisset reducebatur, pro diebus 50 6. menses commemoraturus *L. un. Cod. Ut om. iud tam civ.* Vult. *in L. ultim. Cod. Ubi de ratiocin. n.* 16. *ad d. Nov.* 8. *C.* 9.

CAP. VI.

De iudicibus. Qui idonei iudices, & quibus rebus id contineatur. Quid iurisdictio iudicum, quid notio.

Iudicem idoneum tria faciunt, & quae illa. I.

Auctoritate publica iudicare debet. II.

Talis est, atque iudicat qui aut solam notionem habet, aut etiam iurisdictionem. III.

Notio duplex; qualis utriusque vis & potestas. IV. IX.

Iurisdictio quid; definitionis partes exponuntur. V. VI. & seqq.

Inesse iurisdictioni imperium, & quale. VII.

Iurisdictionis verbo quomodo potestas insit. VIII.

Iurisdictionem habens qui conveniat, aut discrepet ab illo, qui habet notionem dumtaxat. X. XI.

Iudicis partitio in ordinarium & delegatum sensu non differt a superiore. XII.

Sed tamen haec ignota veteribus, & vitio non caret. XIII.

I. EX tribus personis, quas ut necessarias iudicium constituere diximus, actore, reo, iudice, maxime praeter caeteras idoneum oportet esse eum, qui de re iudicaturus est: quando & huius sententia litigatorum caussa stat, aut cadit. Idoneum iudicem hic vocamus, ut idoneum testem: ut igitur idoneus testis dicitur in usu iuris is, in quo sunt omnia, ut iure testis esse possit: *L. testis, L. nullus, D. de test.* sic idoneus iudex recte dicatur, in quo sunt omnia, ut iure possit esse iudex. Ea multa sunt: quae quoniam uno verbo melius complecti non possumus, quam si idoneum iudicem vocemus, idcirco hoc verbo nunc utimur. Ut quis idoneus sit iudex, in eo tria sunt. Primum, ut sit per se iudex publica auctoritate constitutus, ut praesit alicui iudicio. Secundum, ut sit in ea caussa de qua agitur, competens iudex, idest, is, cuius de ea re iurisdictio sit aut notio. Tertium, ut nec ei adversus quem agitur, iusta aliqua de caussa sit suspectus. Et certe non est res recte iudicata, nisi iudicata ab eo, cuius de ea re de qua agitur est iurisdictio, ut edicto, de actione iudicati comprehensum fuisse iudicant *L. 1. L. 5. D. de re iud.* Atqui his verbis priora illa duo contineri apparet, ut eius qui iudicat, iurisdictio sit; & praeterea ut iurisdictio de ea re. Quacunque autem in re detur iudicandi potestas, eam hac conditione dari intelligendum est, dum ne qua sit iusta suspicio, quae iudicem in hac aut illa caussa removeat; veluti, si de re eius agatur. *L. Iulianus ait, D. de iud.* Quare sive aliquis per se recte constitutus iudex non erit; sive non erit eius de ea re iurisdictio, aut notio, sive iusta caussa eum suspectum faciet: is idoneus iudex non erit, nec quod dixerit, alterutri nocebit vel actori, vel reo. Hinc illae sententiae; extra territorium suprave iurisdictionem suam ius dicenti impune non pareri. *L. ult. D. de iurisd.* & sententiam a non suo iudice, seu a non competente iudice latam nullius esse momenti. *Tit. C. si a non comp. iud. iud.*

II. In primis eum, quem iudicem idoneum esse volumus, per se iudicem esse oportet. Id ita fit, si [1] publica auctoritate constitutus sit, qui iudicio alicui praesset. A privatis constitutus iudex, etiamsi litigatorum consensus erit, iudex esse non potest. In quo iam a principio tenenda est observatione digna definitio, quae in hanc rem exstat in *L. privatorum, C. de iurisdict.* in haec verba [2]: *Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio: nec quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem.* Praeesse iudicio est, iure iudicio adhibitum esse, ut ei praesis, id moderere, ac denique pro potestate iudices: & in summa, est in quovis iudicio iure eius rei iudicem constitutum esse. Cum autem negat definitio eum praeesse iudicio, ac proinde esse

1) Unde Wes. *ad tit. C. de pedan. iud. n. 9.* definit quod sit Persona publica inter litigantes media, quae rem eorum controversam disceptat, id est cognoscit & definit auctoritate publica.

2) Quia potestas publica auctoritate publica constituenda, Govean. *Lib. 2. de iurisd. n. 35.* Vult. *ad L. 1. C. de iurisd. n. 59. pag. 47.* Bron. 1. *Misc.* 10. Et absurdum est privatum unum atque alterum id facere sine populi permissu, quod populi est totius, unumque fortiorem esse omnibus, Vult. ad d. *L. 3. n. 92.* & ad *L. 3. C. h. tit. num. 5.*

se iudicem, qui privatorum consensu electus est: satis declarat eum solum iudicem esse, qui publica auctoritate sit constitutus, idest, constitutus ab iis, qui pro potestate publica constituendi ius habuerunt. Ergo nec arbiter ex compromisso sumptus, in quo inest maxime litigatorum consensus, proprie 3 iudex est: nec quod is dixerit, iudicati vim habebit. Non enim dicit pro potestate, nec sententia eius tenet invitos: quæ sunt proprie iudicis. Dicitur tamen iudex in *L. penult. D. de iud.* sed iudex cum adiectione, nempe de consensu litigatorum, & ut sententiam dicat volentibus. Cæterum re vera iudex non est, qui non est adversus invitos, nec effectum dare potest, quod dixerit, neque per se, neque per magistratum. Sit ergo is per se iudex, in quo publica iudicandi auctoritas & potestas est: denique qui in ea re publico munere, non privato fungitur. Unde & iudicandi necessitas dicta: quæ inter munera personalia, quæ publica sunt, habetur. *L. ult. §. defensores, D. de mun. & hon. L. quippe, D. de iud.*

III. Iudicum qui pro potestate iudicent, quique in eo publico munere funguntur, duo sunt genera. Unum eorum, qui iurisdictionem habent. Alterum eorum, qui ab his iudices dati habent 4 dumtaxat notionem. Indicantur hoc genere duo summa in *L. ult.* in princ. *C. ubi & apud quem cog. in integr. rest. ag. sit. L. penult. D. de iud. L. 5. D. de re iud.* Sunt ergo omnes isti iudices, & omnium notio est, sed non omnium iurisdictio. *d. L. 5. de re iud.* Itaque iam ab initio postulat hæc divisio, ut intelligatur, quid in iudice vocemus iurisdictionem, quid notionem, & quid alterum distet ab altero.

IV. Et notio in iudicibus generis nomen est: notionis species 5 duæ, iurisdictio, & notio, seu cognitio tantum, ut declaratur in *L. notionem, D. de verbor. significat. L. 5. de re iud.* Notio, itemque iurisdictio ita dicuntur, ut actio, petitio, persecutio. Ut ergo in usu iuris his verbis posterioribus non actum intelligimus, sed ius & potestatem, ut sit notio ius agendi, petitio ius petendi, persecutio ius persequendi: ita notio nihil aliud est, nisi potestas noscendi seu cognoscendi de re controversa. Et quoniam qui de re pro potestate cognovit, de ea & iudicare debet, atque adeo cogitur: *L. de qua re, D. de iudic.* eo fit, ut notionis verbo, etiam iudicandi potestas cognitioni adiuncta intelligatur, sitque notio cognoscendi de re aliqua, iudicandique potestas. Ut in edicto de re iudicata, si id ita conceptum esset, ut polliceretur prætor actionem, si res iudicata esset ab eo, *cuius de ea re notio est*, ut Labeo potius scribendum fuisse dicebat: *L. 5. D. de re iud.* nemo non videt eam sententiam futuram fuisse, si res iudicata esset ab eo, cuius de ea re cognoscendi iudicandique potestas est: non enim potuit iudicari, & iudicati actionem parere, nisi ab eo, cuius ea potestas esset, quam dixi. Huius generis species illæ duæ, iurisdictio, & notio tantum. Quod aperte declarat Labeo in *d. L. 5. de re iud.* eum ait, si hæc verba fuissent in edicto, cuius de ea re notio est, futurum fuisse, ut notionis nomen utrosque complecteretur tam eos qui iurisdictionem habent, de quibus edicto comprehensum est, quam eos qui non habent, sed habent de quavis alia caussa notionem. Ad quorum etiam res iudicatas non minus edictum pertinet.

3) *L. 34. §. 1. de min.* Scip. Gentil. 2. *de Iurisd.* 8. Paurmeist. *Lib.* 1. *de iurisd. C.* 26. *n.* 1. Diss Cuiac *in Par. C. de Iudic.* P. Greg. 47. *Sync.* 12. *n.* 2. Et hi non tam iudices sunt quam iudicis partes suscipiunt *L.* 13 *§. 2. de rec. arb. L.* 14. *C. de iud.* Et multa utique diversa Govean. *Lib.* 2. *de Iurisd. n.* 31. *& seq.* vid. *infra Lib.* 28. *C. uit.* Et ante Iustinianum ex arbitriis nec actio, nec exceptio, cuius rei ratio, in *d. L.* 3. Vult. *ibid. n.* 20. Sed an si in privatum simpliciter consensum, videtur arbiter electus? Ita vult Castr. in *d. L.* 3 *n.* 2. ut actus valeant. Contra Vult. *n.* 22. quia consensus non satis explicatus, & id nullo iure probatur.

4) *L. 15. pr. eod. L. 4. de tut. dat. Nov.* 53. *C.* 4. *§.* 1. *& Novel.* 82. *&c.* Sc. Gent. 2. *de iurisd.* 8. ubi etsi plura genera relata, in *L pen. d. L.* 14. *C. de iud.* tamen ad hæc duo reduci posse, exceptis compromissariis, qui non proprie iudices, ostendit. Male autem qui iudices alios privatos esse, alios magistratus, Govean. *Lib.* 2 *de iurisd. n.* 23. Nam imo omnis iudex etsi magistratus non sit, persona publica est. Et delegati quoque habent dignitatem *L ult. C. Quan. prov. nec. non est. C. ut debitus de appell.* Wes. *ad tit. C. de ped. iud. n.* 43. licet comparatione magistratus privati dicantur, Agell. 14. *Noct.* 2 Tacit. 14. *Annal.* Quem locum Sc. Gent. 2 *de iurisd.* 27. *pag* 300. non recte, opinor, accipit de magistratibus ipsis, quasi & ibi respectu Senatus privati vocentur. Sic privatus opponitur illustri *L. 32. §. 5. C. de appell.*

5) Wes. *ad tit. C. de iurisd. n.* 4 Recte quis & iudices dati cognoscunt *L. 74. de iudic. L. 12. C. Si contra ius* Gœd *ad d L.* 99. *n.* 3 Notionem esse quamlibet caussæ cognitionem, sive iure magistratus, sive sine eo expediatur, & *n.* 5. definit potestatem cognoscendi exa minandique factum. Sed male idem *d. n.* 3. Cognitionem esse eam tantum caussarum notionem, quæ vi iurisdictionis, iure magistratus exercetur *L. 6. pr. de off præs. L. 4. de off. eius cui mand. sit. de exc. &c. cogn* Sic enim nulla conveniens oppositio duarum specierum in *d. L.* 99 Et licet magistratui tribuatur cognitio, quando scilicet ipse caussas examinat, nec alteri delegat, non ideo tamen soli competere consequens est. Quin imo illas ipsas cognitiones extraordinarias a iurisdictione distingui, ex Sueton *in Claud. Cap.* 15. & in *Nerone* C. 15. ac ex *L. 39. de evict. L. 13 de muner. L. 1. de R. V. &c.* probare nititur Sibrand Siccama *Lib.* 1. *de Centum vir. iudicio* C. 2. Aliter diss. Bocer. *de iurisd. C.* 1. *n.* 26 volens speciem Notionis esse iurisdictionem non quamvis, sed specialem tantum, quæ in sola caussæ cognitione ab imperio seiuncta. Qui & *n.* 27. iurisdictionem voluntariam absque omni caussæ cognitione expediri. Sed quatenus Notio etiam ad merum & mistum imperium referri possit, Gœd. *ad d. L. 99. n.* 7. Matt. Steph. 1. *de Iurisd.* 2. *n.* 41. *& seqq.*

tinet. Idem sensit Ulpianus, cum scripsit notionem accipere nos debere, & cognitionem & iurisdictionem. *d. L. notionem, D. de verbor. significat.* Hoc enim valet, notionis verbo utrumque contineri, eoque & eo verbo accipi debere, notionem, & iurisdictionem.

V. Iurisdictio quam in iudicibus quaerimus, de quo nunc agitur, est [6] potestas de re cognoscendi iudicandique cum iudicati exsequendi potestate coniuncta. Iurisdictio potestatis verbum est, ut notio. Ut cum dicimus neminem ius dicere posse supra iurisdictionem suam, *L. ult. D. de iurisf.* hoc intelligimus neminem posse supra potestatem ius dicendi quam habet. Et cum dicitur, cuius de ea re iurisdictio est, *L. 5. de re iudic.* aperte hoc dicitur, cuius potestas est de ea re ius dicendi. Idemque non obscure declaratur, cum dicitur cuiusvis iudicis in consentientes esse iurisdictionem. *L. 1. D. de iud.* Est autem in iudiciis exercendis haec potestas cognoscendi iudicandive de re controversa. Nam quod etymologia & compositio verbi demonstrat, iurisdictio est potestas iuris dicundi. Apparet autem ius dicere esse [7] dicere id quod ius est. Atqui in iudicio id tum fit, cum iudex caussa cognita iudicat, id est, de iure litigatorum sententiam ferens, reum condemnat aut absolvit: *L. 1. D. de re iud.* Et Varro *Lib. 5. de lingua Latina* auctor est, iudicare dictum esse quasi ius dicere. Nec quisquam hanc potestatem iudicandi ideo neget esse iurisdictionis in eo qui iurisdictionem habet, quia potest is iudicem dare, qui cognoscat & iudicet, integra nihilominus danti iurisdictione. *L. 3. D. de iurisd.* Ut enim det iudicem, non minus habet potestatem iudicandi, qui iudicare potuit si vellet, ut paulo post dicetur. Sed & qui iudicem dedit, cognoscit & iudicat nihilominus, non per se, at per eum quem dedit.

VI. Sed habet hoc amplius iurisdictio, quam in iudice quaerimus, quod & ipsum iurisdictionis proprium est; quod isti potestati iudicandi adiuncta est altera, [8] exsequendi videlicet, quod qui iurisdictionem habet, dixerit, iudicarit. Id declarat potestas omnium magistratuum, & eorum qui iurisdictionem habent: qui si sententias iudicum a se datorum exsequi possunt, multo magis possunt suas. *L. a Divo*, in pr. *L. praeses, D. de re iudic. L. qui restituere, D. de rei vindic.* Et hoc est, quod Paulus ait in *L. ultim. D. de offic. eius*, iurisdictionem sine modica [9] coercitione nullam esse. Coercitionem intelligit

6) In genere hoc conveniunt Coras. 3. *Misc.* 17. *n.* 1. Duar. 1. *Disp.* 53. & probat contra Obrecht. *de Iurisd. C.* 1. *n.* 27. reiicientem id ceu alienum, quia potestas imperii genus sit, notio iurisdictionis, Bocer. *C.* 1. *n.* 3. per *L. ult. de off. praef. urb. L.* 13. §. 1. *de iurisd.* Utrobique enim iudicare iubere, quod iurisdictionis est, potestati tribuitur. Et si licentia vocatur. *L.* 2 *h. t.* quadni etiam potestas. Sane imperium vocatur potestas simpliciter *d. L.* 3. vocis tamen usu ad speciem restricto. Idem *n.* 4. Notionem generis loco recte poni negat, quia & coercitio sit iurisdictionis, cui id genus non competit. Sed imo verum genus iurisdictionis est notio *d. L.* 99. Et licet iudicem dare sit iurisdictionis, iussus tamen, seu compulsio dari, ut iudicet, est imperii, vid. *not. infra C.* 23. Sicuti & coercitio certe omnino est imperii, licet iurisdictioni coniuncta sit, ab ea tamen re ipsa diversa, vid. *C.* 8. *N* 25. Caeterum in definienda iurisdictione nimia nostrorum est variatio. Antiqui fere, quos sequitur Zas. *in Par. h. t. n.* 9. & *ad L.* 1. *h. t. n.* 27. describunt, quod sit Potestas publica cum necessitate iurisdicendi & aequitatis statuendae. Quam refellunt noviores Muscorn. *de Iurisd. n.* 5. & *seqq.* Obrecht *Cap.* 1. *n.* 26. & *seqq.* Bocer. *C.* 1. *n.* 22. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 8. ubi & alias aliorum examinat. Qui ipse *d. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 7. aliter definit consideratam quatenus est in ipsa politia. Et aliter *C.* 7. *n.* 1. quatenus in magistratibus. Baro *Lib. Var. QQ. de Iurisd. pag.* 18. Publicam iuris dicendi potestatem. Sed ea nihil esse absurdius Govean. *Lib.* 2. *n.* 58. quia aeque obscurum quid sit ius dicere. Ipse sic mavult *n.* 59. Potestas publica statuendi de civili vel criminali negocio. Sc. Gentil. 1. *de Iurisdict.* 1. definit Notionem civilium & criminalium caussarum cum statuendi & exsequendi potestate. Obrecht. *C.* 1. *n.* 19. Notionem quarumcunque caussarum, quae vel lege vel iure magistratus vel extra ordinem competit. Cui addit Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 2. *n.* 32 verba: vel ex mandato magistratus, vel ex consensu partium, quasi aliter iurisdictione mandata & prorogata non continerentur. Sed inale Et hae definitiones ac plures aliae ab aliis afferuntur in latiori acceptione. In speciali definit, Charond *de Iurisd. n.* 5. iuris dicendi licentiam. Sicque in vetustissimis exemplaribus in *L.* 3. *de Iurisd.* testatur, quomodo & legit Vigl. *in* §. 1. *I. Quib. non est perm. n.* 7. Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori C.* 1. & *C.* 2. *p.* 211. quod reprobat Hotom. 7 *Observ.* 16. Et verius est veras ibi definitiones non tradi, sed τυπωδῶς per exempla res declarari, Cuiac. 21. *Obs.* 30. Walth. 1. *Miscel.* 2. Cabot. 2. *Disp.* 8. *in fin.* Sc. Gent. 1. *de Iurisd.* 4. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 3. Cuiac. *in Par. C. de Iurisd.* definit Notionem quae iure magistratus competit. Qua definitione nullam meliorem se composuisse scribit. Et placet ea Matth. Stephano 1. *de Iurisdict.* 5. *n.* 2. ut tamen soli ordinariae conveniat, & Wes. *ad h. t. C. n.* 8. De acceptionibus variis vid. Scipio Gentil. *Lib.* 1. *C.* 1. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 1. & 2. Parmeist. *Lib.* 1. *C.* 1. Vinc. Cabot. 2. *Disp.* 9. Sed Bocer. *C.* 1. *n.* 29. & *seqq.* alias acceptiones, extra potestatem reddendi ius, commentitias esse pluribus ostendere conatur.

7) Sic Gr. δικαιοδοσία. Et male Accursius & veteres a iure & ditione derivant legentes iurisditio, repugnante usu omnium Latinorum, Baro *Lib. Var. QQ. de Iurisd. p.* 29. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisd. C.* 1. *n.* 18. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 10. & *seqq.* Obrech. *C.* 1. *n.* 6. Et aliena illa notatio tum a nominis figura, tum a vocis *ditio* significatione. Ditio enim potestatem donandi denotat, vel privatam domini in servos *L.* 2. *C. de lib. & eor. lib.* vel publicam, quae principis solius §. 1. *Proem. Inst.* Bocer. *C.* 1. *n.* 28. & ita plus significat quam imperium. Obrecht. *Disp.* 7. *T. et.*

8) Paurmeist. 1. *de Iurisd.* 9. *n.* 5. iurisdictionem ex duobus membris constare: Notione & imperio. Et membrum essentiale iurisdictionis esse imperium, idem *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 22. & *passim.* Rectius autem puto statui imperium non tam partem esse, quam adiunctum aliquod inseparabile: nec tam inesse iurisdictioni ullum imperium, quod tamen ferme omnes tradunt, quam illi cohaerere, ut nunquam divellatur *L.* 1. *in fin. de off. eius.* Vid. Bocer. *C.* 4. *n.* 17. Licet imperio misto, de quo *in L.* 3. *de Iurisd.* non cohaereat tantum, sed insit iurisdictio. vid. *supra C.* 8. *Lit. X.*

9) Non tamen omne imperium in coercendo positum, nec sola coercitio ad imperium pertinet, Duar. *ad L.* 5. *h. t.* Baro. *Var. QQ. de Iurisd. fol.* 24. & *seqq.* Charond. *de Iurisd. n.* 19. Neque enim quae in *L.* 4. *de Iurisdict.* nec

datio

git potestatem coercendi eius, qui sententiæ aut iussui magistratus in iure dicundo non pareat. Ea autem est potestas exsequendi eius, quod magistratus dixerit: ut hic non aliud dici a Paulo intelligamus, quam nullam esse iurisdictionem sine potestate exsequendi eius iuris quod dixeris: qualis coercitio & exsecutio in caussis privatorum est [10] pignorum capio & distractio adversus eos qui condemnati non solvunt. *L.* 1. *L.* 2. *C. de exsecu. rei iud.* Modicam autem coercitionem vocat Paulus, quæ intra [11] modum rei exsequendæ convenientem consistit: idest, quæ tanta est, quanta ad rem civilem civiliter exsequendam sufficit: quale est, ut dixi, rebus iudicatis pignora capere & distrahere, ut ex pretio eorum iudicatis satisfiat.

VII. Hanc coercendi & exsequendi potestatem nostri vocant [12] imperium, & Paulus *ibidem*, idest in *d. L. ult. D. de offic. eius.* & recte. Est enim imperium iubendi imperandique potestas in iis, qui quod iusserint, effectum dare possint, aut coercere pro auctoritate & potestate: ut apud Terentium in *Phormione*, *act.* 1. *sce.* 4.

...... Ant. sta illico. Get. hem,
Satis pro imperio, quisquis es......

Quare si nulla est iurisdictio sine coercitione; nulla quoque est iurisdictio sine imperio. Et quoniam hoc imperium iurisdictioni adiunctum & admistum est, necesse est id imperium esse, quod non est merum, ut loquitur Paulus. Id autem est, quod alibi uno verbo dicitur mistum. *L.* 3. *D. de iurisdict.* Recte mistum, quod mistum necessario est iurisdictioni, seu sine quo [13] iurisdictio esse non potest: eamque verbi significationem esse etiam ex eo intelligimus, quod idem Paulus hoc imperium esse dicit, quod iurisdictioni cohæret. *L.* 1. in fin. *D. de offic. eius.* Ita in summa nulla est iurisdictio sine imperio iurisdictioni misto. In eamque sententiam hæc Pauli collectio est in *d. L.* ult. *Iurisdictio sine modica coercitione nulla est.* Hæc coercitio est imperium, quod se in coercendo & exsequendo ostendit. Quocirca nulla est iurisdictio sine imperio; non tamen quovis, sed eo quod non est merum: proinde sine imperio [14] iurisdictioni misto: idest, eo quod iussis exsequendis, & iurisdictioni tuendæ adiunctum esse oporteat, ne frustra ius dixeris. Est ergo hæc potestas iurisdictionis propria: ac potestati iudicandi adiuncta in iudice eius iurisdictionem facit.

datio bonorum possessionis, quæ misti imperii *L.* 3. *h. t.* In animadversione posita. Quin multa alia per mandatum & iussum expediuntur. Et male omnino Govean *ad L.* 3. *h. t. n.* 30. definit. Mistum imperium, modicam coercitionem, cui iurisdictio inest, quem notat Bocer. C. 4. *n.* 9. Sic in iis, quæ iurisdictione voluntaria expediuntur, coercitio nulla; nec recte tamen, qui nullam in illis imperii rationem haberi volunt, Ioach. Steph. *Lib.* 2. C. 4. *n.* 34. Matth. Steph. *Lib.* 1. C. 12. *n.* 17. post A. Fab. 4. *Coniect.* 4. quos abunde refellit §. 1. *l. de adopt.* Nam imo potestas præbendi auctoritatem alienationi, transactioni, manumissioni, adoptioni, &c. est misti imperii, licet non iure magistratus competat, cum utique auctoritatem tribuere, non sit cognoscere, licet non sine ulla cognitione fiat, Bocer. C. 4. *n.* 13. Et semper ius pro imperio dicitur, ac effectum dator quod dictum est. In omni imperio ius est ac potestas efficiens ratum quod imperatum est. Ad id autem non semper coercitione opus est, si verbis res transigi possit, si vel sponte paretur, vel quod præscribitur ultro à volentibus petatur. Scite Sc. Gent. *Lib.* 2. *Cap.* 6. qui tamen & in his coercitionem recte vocari vereor, ut æque scite inferat ex illo Sallustii: *pudore magis quam malo exercitum coercebat.*

10) Species coercitionis modicæ plures ponit & sigillatim exponit, Sc. Gentil. *Lib.* 2. C. 6. *& seqq.*

11) Abscise enim & sine adiuncto significat graviorem animadversionem, quæ meri imperii, Decian. 4. *Tr. crim.* C. 2. *n.* Sc. Gentil. *d. Lib.* 2. C. 5. Et hæc modica coercitio non omnibus magistratibus eadem, sed aliis amplior, aliis minor fuit; de quo Vinc. Cabot. 2. *Disp.* 8. Porrigebatur & ad verbera non atrocia, Govean. *ad. L.* 3. *h. t. n.* 4. Quod licet, Bocer. C. 4. *n.* 16. in vilis tantum conditionis hominibus admittat, per *L.* 8. §. 2. *de relig.* & Sc. Gentil. *Lib.* 3. C. 11. hæc duo coniunctim requirat, ut & sint homines tenues ac infames & egestate pecuniariam pœnam eludant *L.* 35. *de minor.* *L.* 1. §. *ultim. de pæn.* Qui idem *Lib.* 1. *Cap.* 13. verbera a iurisdictione aliena esse, nec ius verberandi prætori fuisse nisi forte in servos & peregrinos, scribit. Legimus tamen & ædiles, quos mero imperio caruisse convenit, ius cædendi flagellis etiam in non viles exercuisse *L.* 12. *de decurion.* Ioach. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisd.* C. 2. *n.* 78.

12) Imperium est magistratus potestas atque iussus, per *L. quod iussit* 14. *de re iud.* *L. ult. Ne quid in loc. publ.* *L.* 2. *de in ius voc.* *L. munus de V. S.* ubi vis cogendi *L.* 12. *de iudic.* *L.* 4. *de rec. arb.* *L.* 13. §. 4. *ad Trebell. & sim.* Charond. *de Iurisd.* *n.* 12. Et generali acceptione continet etiam privatorum iussa, & omnem magistratuum potestatem, Baro. *de iurisd. pag.* 18. Specialiter autem in coercendo & decernendo versatur, idem pag. 30. Neque enim iussus ipse minus imperii est, quam illius exsecutio *L.* 4. *h. t.* Sicuti particula altera potestatis, quæ in cognoscendo & iudicando strictius iurisdictio dicitur. Sumitur & pro ditione *L.* 7. §. 3. *de bon. dam.* & pro summa potestate principis *L.* 1. *de const. princ.* Hinc regium imperium Cic. 3. *de LL.* Regio imperio duo sunto &c. Baro. *ad L.* 3. *h. t.* Paurmeist. *Lib.* 1. C. 3. *n.* 5. Stricte quoque denotat imperium quod habent præfecti rei militaris. Sic dixit. Cic. *in Agraria* Sacerdotia, magistratus, imperia. Nam & Consul qui summum imperium habuit, cum imperio mitti dicitur, vid. Scipio Gentil. 3. *de Iurisdict.* 1. Et de variis acceptionibus vocis P. Greg 47. *Synt.* 13. *n.* 2. *& seqq.* Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 6. Paurmeist. *Lib.* 1. C. 9. *n.* 6. *etc.*

13) Nullius momenti *C. pastoralis* 28. *de offic. delegati*, inanis & frustratoria, Muretus *in tit. ad mater. iurisd. pertin. p. m.* 140. ubi definit, Potestatem imperandi in rebus ad civilia negocia pertinentibus, & modice coercendi contumaces. Et nulla itaque iurisdictio omni imperio destituta. Sed nec qui iurisdictionem babet, omnia quæ sunt misti imperii habeat necesse est, sed pro modo iurisdictionis suæ, quæ ad exercendam eam, & in effectum, etiam contra invitos, deducendam necessaria, vid. *not. C. seq. lit. R.*

14) Ita Duar. 1. *Disp.* 53. quod iurisdictioni admistum & coniunctum in eodem magistratu, qui utrumque babet, Govean. *ad L.* 3. *h. t. n.* 33. quod nunquam a iurisdictione divellatus. Muret. *de Iurisd. p.* 140. quia, ita confusum & permistum, ut unum quodammodo efficiat. Quod reprobat Paurmeist. *Lib.* 1. C. 14. *n.* 5. *pag.* 103. Male Accursius & Bartolus quod partem meri imperii capiat, partem iurisdictionis, refer. Baro. *de Iurisd. pag.* 31. Obrech. C. 3. *n.* 21. Ioach. Steph. *Lib.* 1. C. 4. *n.* 5. Petrus Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori* C. 3. *p.* 224. quod ex iurisdictione & mero imperio constatum sit.

VIII. Sed cum nomina iubeantur rebus esse consequentia: § *sed nos*, *Inst. de don.* quid est in verbo iurisdictionis, unde hæc potestas intelligatur. Nam in hoc verbo nihil amplius inest, quam ius dicere; hoc autem nihil aliud, nisi dicere quod ius est, idest, ut videtur iudicare, ut quidem Varro iudicare dictum esse scribit, quasi ius dicere. Et sane non intelligitur hæc significatio ex eo, quod placet verba cum effectu esse accipienda. *L.* 1. *D. quod quisque iur. L. penult.* §. 1. *D. ne quis eum qui in ius vocat. est.* Alioqui nec quisquam iudex dicendus esset iudicare, nisi qui effectum daret, quod pronuntiavit: quod secus est *d. L. a Divo*, *D. de re iudic.* sed intelligitur ex verbo dicendi. In quo Latini emphasim ponunt, cum iis attribuitur, quibus aliqua imperandi potestas est. Non enim in his dicere, Latinis est tantum proloqui, sed dicere pro potestate & imperio ita ut exigas. Id quod derivata declarant, dictare, & dictator. Dictare præscribere est, & Dictatores summa olim potestas apud Romanos. Hoc idem & Varro docet eodem loco Plura quidem continentur iurisdictionis verbo, quam iudicandi potestas cum imperio, de quibus opportunius dicemus paulo post, cum agemus de mandata iurisdictione, ubi necessario quærendum est, quid contineatur iurisdictione, quod vel mandari possit, vel mandata simpliciter iurisdictione transeat. Nunc cum de iudicio, & iudicibus agitur, ubi & ex iurisdictione iudicem æstimamus, si quæritur quid sit ea iurisdictio, quam iudex habeat, nihil amplius iurisdictio in his est, quam id quod diximus, quare & satis id nunc erit intelligi, ut pro loco atque instituto.

IX. Notio, quæ notio tantum est, non etiam iurisdictio, est [15] cognoscendi iudicandique potestas sine exsequendi potestate: proinde & sine imperio admisso. Et ita res habet. Nam extra iurisdictionem in iudicibus, nihil relinquitur nisi notio: & hæc ipsa solum in iudicibus qui dicuntur pedanei, ut indicat divisio iudicum, quæ exstat in *L. ultim.* in princ. *C. ubi & apud quem cog. in int. restit. ag. sit.* idest, iudices dati, ut hoc verbum explicatur *tot. tit. C. de pedan. iudic.* Iam vero hi iudices notionem habent, cognoscere enim possunt & iudicare, & vero coguntur. *L. ult.* §. *defensores*, *D. de muner. & hon. L. de qua re*, *D. de iud.* Sed deest illis superius imperium. Sententiæ enim exsequendæ ius non habent. Soli hanc exsequuntur magistratus qui eos dederunt. *L. a Divo*, in princ. *D. de re iudic.*

X. Sunt ergo & qui iurisdictionem habent, & qui tantum notionem, omnes iudices: omnes pariter publica cognoscendi iudicandique potestate præditi: ut pariter in omnibus sit notio, quam diximus. Hoc interest, quod qui iurisdictionem habent, possunt iudicare cum imperio & potestate exsequendi. Et vero soli hoc imperium habent, etiamsi alios dederint iudices, & hi sententiam dixerint. Qui notionem tantum habent iudices dati, solum iudicare possunt; imperium adiunctum, quo sententiam exsequantur, non habent: utpote solum mistum & cohærens iurisdictioni, proinde & proprium iurisdictionis. Vel hinc intelligi potest longe aliud [16] esse ius dicere, aliud iudicare, ut & eleganter distinguuntur ista illo Titulo *Cod.* & *lege unica* quæ illic exstat, *Ne quis in sua caussa iudicet*. Estque inter hæc istarum rerum differentia. Nam iudicare & iudicandi potestas, siquidem sola est, duabus his rebus tamquam finibus continetur: iudicio, & iudicio solo. Idque fit hoc modo: Iudicare solum est iudicis tum, cum iudicio de re aliqua instituto caussa cognita iudicat. Extra iudicium autem nec iudex, nec iudicatio, nec officium ullum iudicis intelligitur. Sed & hoc ipsum iudicare tum cum maxime in iudicio versatur, seiunctum est ab imperio, & exsequendi potestate. Iudex enim postquam iudicavit, iudex esse desinit. *L. iudex*, *D. de re iudic.* Etsi idem magistratus sententiam exsequitur, qui & dixit; fit tamen id pro potestate magistra-

15) Sc. Gent. *Lib.* 1. *C.* 5. & *Lib.* 2. *C.* 8. qui & *Lib.* 1. *C.* 1. iurisdictionem vocari notionem simplicem in lege Thoria & aliis veteribus notat. Et Prætorem in conceptione edictorum sæpius ita usurpasse, putat Matth. Steph. *Lib.* 1 *C.* 1. *n.* 26. add Govea *Lib.* 1 *de iurisd.* *n* 2. & 3. Quod negat, & locos obiectos dissolvit Bocer. *C.* 1. *n.* 34. Certe *in L.* 12. *h. t.* sic accipi non debet, sed si mandata sit iurisdictio ad certam quantitatem, vel si alias ad eam restricta, ut in municipalibus, A. Fab. *ibid.* Charond. 1. *Versim* 3. Quo facit inscriptio *d. L.* 12 ad Edictum Provinciale. Male quoque Paurm 1. *de iurisd.* 14. *n.* 5. *p.* 103. *in L.* 3. *h. t.* ubi iurisdictio dicitur inesse imperio, accipit iurisdictionem, pro notione seu sola noscendi potestate. Infelicius Govean *Lib.* 2. *de iurisd. sub fin* notionem, quam iurisdictioni opponit, accipit caussarum criminalium cognitionem.

16) Et probat *L.* 57. in verbis: *ius dixerit*, *sententiamve protulerit*, *de re iud.* Govean. *Lib.* 1. *de iurisd.* *n.* 16. & *ad L.* 1. *h. t.* *n* 2 & 3. Duar. 1. *Disp.* 53. A. Gmb. 1. ℒ 9. *n* 2. Bocer. *de iurisd.* *C.* 1. *n.* 21. Nec verbis tantum hæc distincta, sed & rebus ac effectibus. Nec enim edicta de in ius vocando, *si quis in ius voc. non obtemp* &c. pertinent ad iudicationem. Sc. Gentil. *Lib* 1. *C.* 28. Et officium ius dicentis maxime distinctum ab officio iudicis, de quo Gent. *Lib.* 2. *C.* 4.

ſtratus, non iudicis. Argumento eſt, quod iudex datus non minus munere iudiciario fungitur. *L. a iudice*, *Cod. de iud.* Neque tamen ſententiam ſuam exſequi poteſt, ſed ſolus qui eum dedit, *d. L. a Divo*, *D. de re iudic.* Horum utrumque contra in eo qui ius dicit, ſeu in poteſtate iuris dicundi. Nam & ſæpe ius dicitur, ubi neque iudicium eſt, nec quidquam fit iudicii inſtituendi, aut exſequendi cauſſa, ut, cum magiſtratus [17] dat bonorum poſſeſſionem, tutores non habentes conſtituit, bona minorum alienari permittit, in quibus dicitur verſari officium ius dicentis. *L. 1. D. de iuriſd.* Neque tamen hic iudicium eſt, aut quidquam fit iudicii futuri, vel præteriti cauſſa. Et præterea in iudicio ipſo, qui pro iuriſdictione iudicat, habet adiunctum imperium, quo ſententiam exſequatur, & tueatur iudicium, quod præceſſit.

XI. Illud fortaſſe nonnullis minus probabitur in hac diviſione, quod eos qui iuriſdictionem habent, iudices facimus, atque ita vocamus. Non enim defuerunt viri docti noſtra ætate, qui diſputarent iuriſdictionis eſſe iudices dare, non iudicare. Magiſtratus populi Romani, & Romæ & in provincia niſi in certis cauſſis de quibus ex officio cognoſcebant, nunquam iudicare ſolitos, ſed de quibus rebus in iure a litigatoribus aditi eſſent, de his ſolitos dare iudicium, ſeu formulam iudicii, & iudicem, qui ex præſcripto formulæ de re cognoſceret, & iudicaret: tum deinde ipſi ſententiam pro poteſtate exſequerentur. Sed de eo dicam commodius poſtea, cum ad iudices dandos ventum erit, ubi neceſſe eſt quæri initio, poſſitne magiſtratus ipſe cognoſcere, aut etiam neceſſe habeat; an vero contra poſſit, aut debeat iudicem dare. Nunc ſatis erit breviter hic ſtatui, quod inde certius conſtabit, etiam magiſtratus ipſos, qui iuri dicundo præeſſent, ut prætores Romæ, & præſides in provinciis iam olim ita conſtitutos, ut de civium controverſiis ius dicerent, & iudicarent. Inde iam olim iudices eſſe appellatos, ut Livius teſtis eſt *libro 3. ab urbe cond.* Si non conſueviſſent iudicare, aut propter occupationes publicas, aut maieſtatis retinendæ cauſſa, at certe iudicare potuiſſe, ſi vellent; quando ne ipſi quidem iudices dare, ideſt, iudicandi poteſtatem in alium transferre poſſent, qui ipſi hanc poteſtatem non haberent. *L. nemo plus*, *D. de regul. iur. L. 4. §. ultim. D. de offic. proconſ.* De quo ſi ex veteri iure & more dubitaretur, nunc quidem dubitationem eſſe ſublatam conſtitutionibus: quibus effectum eſt, non ut magiſtratus cognoſcere, & iudicare poſſint, quaſi antea non liceret; ſed ut cum prius liberum eſſet, nunc cogantur. *L. 2. C. de pedan. iud.* Sunt ergo magiſtratus, quique iuriſdictionem habent, & ipſi iudices: nec ſolum tunc, cum ipſi cognoſcunt, & iudicant, quod facere poſſunt; ſed & tunc cum dederint iudices; quaſi & tunc per iudices a ſe datos ipſi cognoſcant & iudicent. Videtur enim geſſiſſe, qui per alium geſſit. *L. 5. §. 1. D. de adminiſt. tut.* Quod ſi ita eſt, manebit ea diviſio iudicum quam poſuimus, eritque hæc ſumma: iudicum alios eſſe, qui iuriſdictionem habeant, alios qui notionem tantum, atque hos eſſe iudices a prioribus illis datos. Horum omnium in cognoſcendo & iudicando poteſtatem unam, & communem eſſe, ut pariter omnes cauſſa cognita iudicare poſſint, ratumque ſit, quod dixerint; quod eſt notionis. Hoc diſtare, quod qui iuriſdictionem habent, iudicare poſſunt cum imperio, poteſtate exſequendi ſibi conceſſa, & iuriſdictioni cohærente. Qui autem notionem tantum habent, ſolum iudicare poſſunt: imperium & exſequendi ius non habent.

XII. Ad extremum non erit alienum monere, pro ſuperiore diviſione, qua iuris auctores uſi ſunt, receptam eſſe hanc in vulgus [18] interpretum, ut iudicum alii dicantur ordinarii, alii delegati. Aliis verbis eadem ſententia. Ordinarios enim vocant, qui iuriſdictioni publice præſunt: quia ordine & more conſueto conſtituuntur, qui iudicent. Delegatos vocant eos, qui a ſuperioribus iudices dati ſunt. Ex quo loquendi more nati illi Tituli *lib. 1. Decretalium*: Unus *de officio & poteſtate iudicis delegati*. Alter *de officio iudicis ordinarii*. Et delegatos iudices dicunt etiam ex uſu iuris: ſic enim vocantur & iudices dati in *L. a iudice*, *C. de iud.* Ordinarium iudicem legimus in *L. apertiſſimi*, *C. de iud.* legimus & in *L. unica*, *§. illo*, *C. ſi quacun. præd. poteſt.* pro eo magi-

17) Quæ datio iuriſdictio eſt in latiori ſcilicet ſenſu, & quatenus iuriſdictio imperio mixta ineſt. Vere autem mixti imperii, vid. Bocer. *C. 3. n. 1.* contra A. Fab. 4. *Coniect.* 3.

18) Cum quibus & P. Greg. 47. *Synt.* 22. Pollet. *Lib. 3. Hiſt. fori* C. 13. Weſ. *ad tit. D. de pedan. iud. n.* 10. *& ſeqq.* Male enim delegatum cum eo, cui mandata eſt iuriſdictio, confundunt, Baro. *de iuriſd. p.* 29. Sc. Gentil. *Lib. 2. C.* 8. & Paurmeiſt. *Lib. 1. C. 10. n 7. & ſeq.* ubi fuſe de variis acceptionibus ordinarii &c. de quibus add. Camill. Plaut. *ad Rub. de Off. eius Lib. 1. C.* 6. Vid. *infra C. 8. N. 1.*

magiſtratu qui ordinaria & uſitata poteſtate fungitur, ut explicatur in *d. L. unica*, in princip.

XIII. Cæterum ordinarios iudices pro iis qui iuriſdictionem habent, nuſquam apud veteres legimus. Et certe verbum id non exprimit. Multi enim ſunt qui conſtituuntur extra ordinem iuris dicendi cauſſa, quos ordinarios iudices dicere non poſſumus: quales fuiſſe ſcribit Pomponius Romæ præfectum vigilum, & præfectum annonæ. *L. 2. §. capta*, in fin. *D. de orig. iuris*. Sed & eo ſenſu, quo ſuperiores ſpecies accipi volunt, neceſſe eſt diviſioni aliquos iudices deeſſe. Nam & qui mandatam iuriſdictionem habent, eamdem cum eo qui mandavit iuriſdictionem exercent: neque tamen ſunt ordinarii iudices, neque rurſum ſunt delegati, ut ſuo loco dicetur. Itaque per me licet, utatur iſta diviſione ſi quis volet; de verbis non contendam, dum res intelligatur. Sed ſi manca eſt diviſio, neque verbis id exprimit, quod vult, omnes concedent melius eſſe in ſuperiore diviſione veterum nec vitioſa & rem hanc exprimente manere, quam ſuperiora vitia admittere. Mihi in iure civili explicando verſanti ſatius viſum eſt, iuris civilis diviſione uti & verbis, quam aliena & nova, etiamſi non inepta quærere, quo id ius quod propoſitum, eſt, intelligeretur.

C A P. VII.

Qui iuriſdictionem habeant: qui propriam & ſuo iure: & magiſtratus quid ſit.

Rerum nexus atque ordo. I.
Qui habent iuriſdictionem, omnes aut ſuo iure habere, aut alieno beneficio. Qui ſint utrique. II.
Interpretatio L. ſi ſe 1. D. de iudic. III.
Iure ſuo habent Magiſtratus. Nomen hoc ambiguum. Explicatur. IV.
Magiſtratum efficiunt tria. V.
1. *Adminiſtratio reipublicæ*. VI.
2. *Eaque, quæ vel in iure dicundo ſit tota, vel coniuncta cum iuriſdictione*. VII.
3. *Ut ea ſit talis, quæ præſit iuri dicundo. Hoc quale ſit, explicatur*. VIII.
Magiſtratus qui ſit. Creatur a principe vel a populo; & quatenus ab utroque. IX.
Populi non liberi nulla eſt in Magiſtratuum creatione poteſtas, ſed principis tota. X.
Niſi utatur ille principis privilegio; quale hoc in Magiſtratu municipali. XI.
Hic autem duplex; nomine atque officio diſtinctus, & qualis uterque. XII.
Soli Magiſtratus propriam habent iuriſdictionem. Exponitur Pomponius in L. 2. §. capta *verſ.* & hæc omnia de O. I. XIII. XIV.
Ordinarii & quidem primo hi omnes; deinde conſtituti extra ordinem iuri dicundo. XV.
Iudex competens qui ſit, alibi, & qua in loco auctor. XVI.

I. POſtquam ergo hæc iudicum diviſio ſumma eſt, ut ſint, qui iuriſdictionem habeant; alii qui notionem tantum, iidemque dati iudices: quinam hi ſint, deinceps cognoſcamus. In quibus prior omnino cognitio eſt eorum, in quibus volumus eſſe iuriſdictionem: non eo tantum, quia ſint maiores & præſtantiores iudicibus datis, quanquam ſine controverſia tales ſunt, ſed etiam quia ab his ordiri ad ordinem & inſtitutionem iudicii atque adeo ad conſtitutionem ipſorum iudicum omnino neceſſe eſt. Nullus enim iudex datus eſſe poteſt prius, quam qui iuriſdictionem in lite habet, iudicem in ea lite dederit, ut ſuo ordine dicetur. Quo fit, ut neceſſe ſit, eum qui iuriſdictionem habet, prius adiri. Nam ſi aditus cognoſcet, alium iudicem requirere nec debemus, nec poſſumus. Sin malit iudicem dare, eſt quidem in eius poteſtate: ſed ita, ut vel hoc nomine eum oporteat adiri; ut hoc ipſum ſciatur, utrum cognoſcat ipſe, an det iudicem.

II. Et eorum iudicum qui iuriſdictionem habent, genera item ſunt [1] duo iure civi-

1) Varias diviſiones iuriſdictionis ab efficiente, materia, forma, fine, & effectu habet Weſ. *ad h. t. C. n. 13. & ſequent.* Omittit tamen, eoque ipſo agnoſcere non videtur vulgatam diviſionem iuriſdictionis generalius acceptæ in

civili cognita. Quidam iurisdictionem habent suo iure; quidam alieno beneficio: divisio totidem verbis tradita in *L. mora*, *D. de iurisdict.* Iurisdictionem dicuntur habere suo iure, qui habent publice ita constitutam, ut habeant [a] propriam, & quam

in iurisdictionem in specie & imperium. Plerorumque enim interpretum opinione merum etiam imperium sub iurisdictione continetur. Et distingui iurisdictionem ab imperio volunt, sicuti adoptio ab arrogatione, cognatio ab agnatione, Dusr. *ad h. t. D. C. 5. & 1. Disp.* 53. Coras. *ad Rub. D. de off. eius, n.* 3. Zas. *ad L. 5. h. t. n.* 28 *& ad L. 3 n. 1.* Muscorn. *de iurisd. n. 12. & seqq.* A Fab. *ad L. 8. de off. procons.* Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. 1. n.* 4. Goed. *ad L. 99. de V. S. n.* 7. P. Greg. 47. *Synt.* 12. *n.* 8. Bocer *de iurisd. C. 2. n. 2. & 3.* Sc. Gentil. *Lib. 1. de iurisd C.* 2. Matt. Steph. *Lib. 1. C.* 3. Rosbach. *Process. Tit. 2. n.* 5. Quod Sc. Gentil. *d. loc.* putat evidenter demonstrari *in L. 1. de off. eius*, ibi *suam iurisdictionem*. Et quia, *sub tit. D. & C. de iurisd.* etiam de imperio agitur. Et ius dici de capite probat *L. 2. §. & quia* 23 *de O. I.* Idem fusius firmat Matt. Steph. *d. C.* 3. censens ita arguere Ulp. *in L. 7. §. ult. & L. seq. de off. procons.* Et iurisdictionis nomen generale esse probat Bocer. *d. C.* 3. per *L. 4. de off eius* verbis: *generali iurisdictione mandata*. Contra Charond. *de iurisd. n. 3. & 4.* Volens sub *tit. de iurisd* tractari etiam de imperio ob rerum affinitatem, nec curiose omnia in Pandectis methodo exigenda esse. Et Obrech. *de iurisdict. C 2. n. 3. & seq.* Nec merum imperium esse speciem iurisdictionis, quia ab eo iurisdictio plane separata; nec mistum, quia ei insit iurisdictio non ut species generi, sed ut simplex composito, vel qualitas subiecto. Et imperium non esse speciem subiectivam, sed membrum essentiale iurisdictionis, Paurmeist. *Lib. 1. C. 24. n. 22. & passim.* Ac in foro Romano iurisdictionis nomen ut genus non considerari. And. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Durum Sax. C. 5 n.* 57. Denique Muret. *de Iurisd. p. 138. & seq.* iurisdictionem ad crimina pertinere negat, scribens quod quandiu incorruptior Latinus sermo, ius dicendi verbum nunquam ad caussas capitales adoptatum. Ac licet posterior ætas ius dicere & reddere quandoque dixerit, qui publicas quæstiones exercebant, *d. L. 2 §. 23. de O I.* Sueton *in Aug. C.* 33. non ideo tamen unquam iurisdictionem accipi pro potestate cognoscendi de criminibus, aut animadvertendi. Quod probat 1 Plenissima iurisdictio fuit prætori urbano. Eiusdem de nullo crimine cognitio. (2 Universa iurisdictio mandari potest *L. 16 & seq. h. t.* Cognitio de criminibus nequit. Verum Obrecht. *C. 1. n. 9. & seqq.* etsi iurisdictio ad merum imperium non pertinet, cognitionem tamen caussarum criminalium, quam iurisdictionem criminalem vocat & a mero imperio secernit, vid *C. seqq.* &. 44. latiori significatu pertinere. Qui & resp. ad (1 argum Mureti: Plenissima iurisdictio prætori scilicet quoad caussas civiles, ut iurisdictio non in genere accipiatur. Ad 2 resp. Propositio non in genere vera, sed in specie: in stricta scilicet significatione, qua crebrius coarctatur ad caussas civiles. Sic enim apud Agell. 20. *Noct.* 15. his verbis *in omni mea iurisdictione* intelligitur solum civilis. Faterturque Sc. Gentil. *d C.* 2. in veterum scriptis non aliter fere accipi quam pro specie, id est in caussis civilibus. Et Baro, de iurisdictione posteaquam *p. 20. & seq.* pluribus testimoniis ostendit rerum capitalium quoque cognitionem & criminum omnium quæstiones latissima iurisdictionis appellatione contineri, quia iurisdictio & ius dicere coniugata sunt, & iudicia quoque & iudices publicorum delictorum usurpantur. Tandem *pag. 23. & seqq.* apud scriptores quoque Latinos iurisdictionem absolute vocari, quæ de privatis & civilibus caussis, exclusa capitalium iudicatione, demonstrat. Licet enim, ait, idem *pag.* 19. de capite quoque ius dici feratur, non tamen postulanti, sed in reum redditur. Ut merito contrahatur significatio vocis *iurisdictionis* ad eam, qua alicui in aliquem ius dicitur. Et Charond. *de iurisd. n.* 11. caussarum criminalium disceptationem iurisdictionis esse, quia in *C. Th & Iustin.* Tit. *de Iurisdict.* utriusque iudicii genus respicit, licet, quæ in civilibus versatur commune nomen iurisdictionis suum fecerit. Quid habendum? Latissima significatione imperium merum quoque contineri statuo, cum imo omnem iussum & imperium contineat & quæcunque pro potestate aguntur, in quibus nullum vere, si civilem usum spectes, ius dicitur, Seneca 1. *de Clement. Quæ ruant urbes, quæ oriantur mea iurisdictio est.* Sc. Gent. *Lib. 1. C.* 1. Et certe officio ius dicentis quæ imperii sunt continentur *L. 1. iunct. L. 4. h. t.* Ac pro officio ius dicentis, seu universa eiusdem potestate iurisdictio reperitur *L. 1. L. 4. §. 3. de damn. inf.* Wes. *ad h. t. C. n.* 6. Ius autem ut Matt. Steph. *Lib. 1. C. 3. n. 4. & 5 n.* 36. dicitur non tantum cognoscendo, solo caussæ examine & censura, sed & imperii auctoritate intercedente. Ac certe dum iuste quid imperat magistratus, exsecutionem mandat, coercet, itemque dum facinorosos vel cognoscit vel animadvertit, ius dicit. Eaque iurisdictio non improprie est, cum notatio conveniat, ius a iubendo, & dicere pro imperio. Verum ita in *supra dd. LL.* an accipiatur valde ambigo. Imo inconcinne arguit Bocer. *ex d. L. 4 de off eius*. Nam ibi generalis iurisdictio opponitur speciali, quæ non iure ordinario magistratus, sed extraordinaria concessione deferebatur. Alioquin cum dicatur iurisdictio generalis mandata, si generalis est quæ imperium merum, ceu speciem includit, imperium merum mandatum quoque esse necesse erit: quod falsum. Sed nec in *L. 5. d. t.* iurisdictio significat imperium merum, ceu vult Gent. *de quo C. seqq. N.* 20. In *L.* vero 7. *§. ul. de off. procons.* iurisdictio plenissima continet imperium non ut speciem. Nec enim idem est iurisdictionem in genere, seu, in generali significatu habere & iurisdictionem plenissimam seu omnimodam habere. Nam & quibus tenuissima iurisdictio est, ut olim municipalibus magistratibus, iurisdictionem in genere sumptam habent, siquidem genus omni speciei illi subiectæ conveniat oportet. Plenissima itaque iurisdictio & ipsa speciei non generis appellatio est, denotans iurisdictionem magistratibus maioribus tributam. Ac ut iurisdictio absolute ita in specie dicta coniunctum habet imperium mistum, quatenus id ad illius expeditionem necessarium. Quod ipsum non inest ei, ceu species generi, nec ut pars toti, ut Paurmeister; nec ut simplex composito, qualitasve subiecto, ut Obrecht. sed ut adiunctum adiacet Wes. *in h. t. C. n.* 67. ob cohærentiam inseparabilem *L. 1. in fin. de off. eius* Bocer. *C. 2 n.* 41. Ita iurisdictio plenissima merum imperium coniunctum habet. Quod & nec iurisdictioni ratione essentiæ inest, nec illi inseparabiliter cohæret, cum nudum & ab ea separatum per se sit, ac existere etiam in persona cui tributum est, possit sine iurisdictione: si tamen in eadem persona cum iurisdictione concurrat, idemque magistratus si simul iurisdictione, & mero seu maiori imperio utatur, perfectiorem eam & absolutiorem reddit. Nam & quæ extrinsecus accedunt, nec ratione essentiæ insunt, rem perfectiorem reddunt. Sicuti quoque plena proprietas dicitur, cui ususfructus coniunctus est, qui tamen species proprietatis, nec pars, sed ususfructus (mutus & caussalis scilicet) ac proprietas partes sunt dominii pleni, v.d. *supra Lib. 9. C. 9. N.* 3. DD vulgo Bartolum secuti sex gradus, quos & quidam species nuncupant, iurisdictionum constituunt. Maximam, maiorem, magnam, parvam, minorem, minimam, de quo vid. Bocer *Cap. 3 n. 98. & seq.* Alii in plenissimam, plenam, & semiplenam dividunt P. Gregor. 47. *Synt* 12. *n.* 8. Alii in plenissimam, quæ nulla maiori potestate impeditur, & simpliciter, ac in specie dictam quæ circa civiles caussas occupata, Maria *de iurisdict. pag. 1. Ca. 8. n. 6. & 7.* Iure Saxonum duæ iurisdictionis species: Superior seu pœnalis, *Obergerichte Peinliche oder Hals Gerichte*. Et inferior, seu simplex, *Erbgerichte Ritter oder Untergerichte*. Matth. Steph. *Lib. 1. Ca. 3. n. 70 & seqq.* Bocer. *Cap. 2. in fi.* Paurmeist. *Lib. 1. Ca. 16. n.* 9 Io Monach. *de Iurisdict Ca. 4. n* 14. ubi quæ ad utramque pertineant recenset. Diversa autem sunt Regalia in signum præeminentiæ & superioritatis Principi tributa, de quibus *tit. Quæ sint regalia* 2 *Feud.* 56 nec omnimoda & plenissima iurisdictione concessa veniunt, Monach. *d. Ca. 4 n.* 18. Bocer. *Ca. 1. n.* 34 & quos citat Thom Mich. *de iurisdict. imperiali Concl.* 68. Math. Steph. 1 *de iurisdict. 2. n. 8. & seqq.*

a) Sic Matth Steph. *Lib 1. Cap.* 14 Aliam esse propriam, quæ & Ordinaria, aliam improprìam. Et hanc, ait idem *Cap seq. n. 1. & 2.* pendere vel ex voluntate publicæ personæ, ut Mandata; vel privatæ, ut Prorogata. Sed Imo Prorogata est potius qualitas iurisdictionis sive ordinariæ sive mandatæ, quam nova & diversa species, ut post Io. Danth *de Testam pag* 538. *idem* Steph. *d. Lib. 1. Cap. 21 n.* 1. Vocant & illam principalem, per *L. 6. de iurisdict.* Goean. *ibid n* 6 Paurmeister. *Lib 1. Cap. 10. n.* 2. Sed putat Bocer. *Cap. 6. n. 4.* male principalem opponi

quam pro 3 suo imperio exerceant, non pro alieno. Unde qui hanc iurisdictionem mandant, dicuntur mandare propriam iurisdictionem. *L. 4. D. de offi. eius.* & hac nota distinguuntur ab iis qui mandatam habent, quod hi pro suo imperio non agant. *L. 3. D. eod.* Alieno beneficio dicuntur iurisdictionem habere, qui habent mandatam ab iis, qui eam propriam & suo iure habuerunt. Hi non suam iurisdictionem habent, sed alienam: in qua exercenda alieno beneficio, & permissu utuntur. Unde & alienam exercere dicuntur, & in eo agere pro alieno imperio, fungi vice & partibus eius, qui mandavit, non suis. *d. L. 3. D. de offic. eius. L. solet, D. de iurisdict.*

III. Ad hanc divisionem referri oportet, & ex ea interpretandum, quod Ulpianus ita scribit in *L. 1. D. de iudic. Si se*, inquit, *subiiciant aliqui iurisdictioni, & consentiant; in consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet est iurisdictio.* Aperte hic & iudicum qui iurisdictionem habent, duo genera facit, ut & nos supra. Sed quoniam partim figurate loquitur, partim de iurisdictionis genere nihil definit, ideo quaeritur, quos istos intelligat, & quid sit tribunali praeesse: tum quae sit ista alia iurisdictio, de qua tam nihil exprimit. Et non dubium est, quin sumendum sit ex superiore divisione, quam & Ulpianus aliis verbis adumbravit. Tribunali ergo praeesse dixit *μετωνυμικῶς* pro praeesse iurisdictioni: locus in quo iurisdictio exercetur, positus pro iurisdictione. Dicuntur autem praeesse iurisdictioni, qui propriam sibi habent, ut paulo post amplius dicetur. Quod si qui sunt, qui aliam iurisdictionem habeant, quam propriam, necesse est, soli sint ii, qui habent alieno beneficio, & mandatam, ut superiore divisione effectum est. Quare & hi his verbis intelligendi sunt, ad quod superior divisio recte constituta nos deducit.

IV. Iurisdictionem propriam & suo iure habent magistratus. Id magistratus definitio declarabit. Magistratus est is, qui in Republica eum honorem gerit, quem eodem verbo magistratum appellamus. Est enim magistratus verbum 4 anceps, pertinens tam ad personam qni eum honorem gerit, quam ad honorem & munus ipsum personae. Ad personam: ut cum dicimus constitutos esse eo anno magistratus, magistratuum curationem ad curam principis pertinere, magistratibus illud aut illud concessum esse. *L. magistratus praeesse iuri dicundo, L. 1. D. de leg. Iul. ambit. L. 1. D. si quis ius dic. non obtemp. L. magistratibus, L. seq. D. de iurisd. L. 2. §. post originem, D. de orig. iur.* Ad honorem & munus: ut cum dicimus aliquem gerere magistratum, fungi magistratu, inire aut deponere magistratum, & quae sunt similia: quod cum de hoc verbo usus Latini sermonis passim comprobat, tum vero nominatim positum est a Festo in verbo *magistratus*. Quid sit igitur is honos quem magistratum dicimus, videamus. Ex huius definitione, quae sit persona magistratus, intelligetur. Magi-

poni mandatae. Quia, ait, sicuti negotium meum, quod gerendum mando, non minus principale est in persona procuratoris quam mandantis; Ita iurisdictio aeque principalis in persona vicarii Et in *d. L. 6. principaliter* exponit a principe, seu constitutione principis. Quibus facile est occurrere.

3) Quae necessario comitatur, quae in persona (vel potius officio) haeret, nec avelli potest. Sicuti proprias dotes huic vel illi dicimus, quae genuine ingenio cuiuspiam adhaerent, Fopp. ab Aezema 2. *Differt.* 2. Et proprium quoque stabile ac perpetuum significat, Virgil. 7. *Aen.*

- - - - - - - - - *propria haec si dona fuissent.*

Ios. Castalio *var. Lect. C.* 42 Sic perpetua est iurisdictio ordinaria si non personae gerenti magistratum, ast officio. Nam cum magistratus alios perpetuos, alios temporarios dicimus, personam potius quam munus denotamus. Non vero eo modo propria iure Romano, quo res dominii nostri. Nam dominium quis voluntate sua amittit, pro derelicto rem habens, ac in alium pro libitu transfert: Iurisdictionem & magistratum non aeque *Cap. seq. N.* 4. Quae in commercio non sunt, Goed. *de Sequestr. Cap. 1. n.* 65. Petr. Heig. *Par. 1. Quaest. 2. n.* 5. nec quisquam dominus dignitatis, sicuti nec vitae aut membrorum suorum, Ant. Faber *ad L. penul. de offi. praef* Et in arbitrio principis est, cui velit magistratum, atque ita iurisdictionem adimere Math. Steph. *Lib. 1. Ca.* 39. *n.* 4. Facit *L. 2. §. 24 de O. I.* de qua libera iurisdictionis revocatione Ludovic. de Casanate *Cons. 43. n. 42. & seqq.* Et Paurmeist. *Lib. 1. Cap. 10. n. 5.* dici propriam quod tanquam magistratibus tributa sit, etsi pleni dominii aut iuris realis titulo non possideatur, ac idem *Cap. 18. n. 3. αὐτοχειροτονία* sic vocari respectu mandatae. Quia etsi Reipublicae nomine ac iure illa exerceatur, eius tamen firmios ius quam mandatae. Sic etiam vult mandatam iurisdictionem magis adhuc abusive propriam dici *L. 13. de off. procons.* respectu iudicis dati. Aliter & intricate, idem *d. Cap. 10. n.* 21. Hodie sane iurisdictio patrimonialis plerumque ac vere propria ac hereditaria, feudis cohaerens, vel de qua principes & vasalli investiri solent, Matth. Steph. *d. Lib. 1. Cap. 38. n.* 3 Rittersh. *Part. feud. Lib. 2. Cap. 9. Quaest.* 2. ac ordinario Marte competit ad utilitatem propriam, & sic dominii, non administrationis iure, ut loquitur Knich. *de sublim. territ. iure Cap. 1. n.* 359. & ut Bodin 3. *de Rep.* 5. *n.* 303. iure commerciorum sub hasta proscribere licet. Investiunturque principes ac status imperii a Caesaris Maiestate cum omnibus pertinentiis, & iuribus superioritatis, *mit aller Landsfurstlicher Obrigkeit*. Unde vocatur *Landesherrn*, vid. Matt. Steph. *Lib 2. pag. 1. Cap. 6. n. 9. & Cap. 7. n* 49. Nec adimi hodie potest iurisdictio inferioris, aut revocari a superiore quae quoad dominium utile concessa, Ludovic. de Casanat. *d. Conf. 43. n.* 59. nisi ex iustis causis delicti vel sevitiae nimiae. M. Steph. *Lib. 1. Cap. 39. n.* 8. & Paurmeist. *Lib. 1. C. ult n. 12. & seqq.* Thom. Michael. *de Iurisdict. Conclus.* 134. *& seq.*

4) Graeci vero diversas voces ambabus notionibus exprimendis habent. Quibus *ἀρχὴ* & *ἀρχεῖα* officii verbum est, *ἄρχων* personae. Perion. *Lib. 1. de Rom. & Grae. Magistr. pag.* 201. Iac. Pontan. *Progymnasm. Vol. 3. pag. 2. Progym.* 12.

Magistratus, [5] quem honorem & munus intelligi volumus, est administratio Reipublicæ posita in eo, ut quis iuri publice dicundo præsit, sive tota in eo posita est, sive cum hac potestate publice & principaliter dicendi iuris coniuncta.

V. Hoc sentio, tria esse quæ magistratum honorem constituant; administrationem Reipublicæ, iurisdictionem, & huic ipsi iurisdictioni præesse. Magistratus administratio est, & ea Reipublicæ, non privatæ aut rerum privatarum. Nam omnis honor Reipublicæ, est Reipublicæ administratio, *L. honor*, *D. de muner. & honor*, Magistratus autem honor est, & quidem ex primis honoribus. *§. prætorium, Inst. de iur. natur. gent. & civ.* Est igitur magistratus in primis administratio Reipublicæ, ut sciamus nullam administrationem rerum privatarum etiam in eo qui sit magister alicuius societatis attributa illi ex consensu iuris dicendi [6] potestate, ad hunc honorem & nomen pertinere. Administrationem Reipublicæ vocamus, cum quis ea procurat in civitate, quæ facta, aut conservata ad publicam omnium utilitatem pertinent: qualis est procuratio eorum, quæ sunt belli, quæ pacis & tranquillitatis publicæ: in quo est iuris reddendi & lites dirimendi cura: item eorum, quæ sunt ædium civitatis, murorum, viarum, census, ærarii, annonæ, & similium. Cuiusmodi procurationum tot sunt exempla, quot species, [7] magistratuum enumerantur a Pomponio in *L. 2. §. post originem*, & deinceps, *D. de orig. iur.*

VI Non quævis administratio Reipublicæ magistratum facit, sed quæ [8] aut tota posita est in iure dicundo, aut hanc potestatem sibi adiunctam habet. Iurisdictio res magistratuum propria; quos constat esse constitutos, ut ius populo reddant, & quod idem est, ut ius populo dicant. *d. L. 2. §. post originem, D. de orig. iur.* Sic tamen, ut nihil intersit, utrum consistat tota in iure dicundo: qualis fuit olim prætorum Romæ: *d. L. 2. §. cumque consules:* in civitatibus, eorum qui iuridici dicebantur. *D. de offi. iuridi.* An vero quæ adiunctam habeat iurisdictionem; qualis fuit eorum, qui censui, ærario, vigilibus potissimum præficiebantur, sed adiuncta iurisdictione, quæ ad id munus tuendum necessaria videbatur, sive quæ erat de rebus ad eam administrationem pertinentibus. Utcumque est, semper eam Reipublicæ administrationem esse volumus, quæ in se habeat iurisdictionem. Hac nota separantur a magistratu procurationes omnes Reipublicæ, quæ iurisdictionem non habent: quo in numero sunt munera publica pleraque, atque adeo Reipublicæ [9] plerique honores. Munera publica personalia pleraque administra-

5) Imperium & potestas in Republica quæ privatum non attingit, Petron *d. Lib.* 1. *pag.* 201 non satis apte, Govean. *ad L.* 13. *hic tit. n.* 9 Potestas populi Romani ordinaria. Qui idem statuit magistratus proprie esse urbanos. Qui in provincias mittebantur, Proconsules & Præsides; potestates extraordinarias esse, nec magistratus, sed potestates, nomine generis vocari in *d. L.* 13. *§.* 1. Sed imo *d. L.* 13. *princ. instit. d §* 1 apertissime probat & hos vere magistratus esse. Ac officium certe utrorumque simile, quin horum potestas plerumque plenior *L.* 7. *§. ult. de off. proconsf.* Etsi non negem ex veterum mente & usu distingui potestatem a magistratu, ut hic dicatur, qui intra urbis fines ius dicit *L.* 1. *§.* 1. *Quod quis iur. L.* 20. *de sta. hom. L.* 3. *§. ult. de rec. arb. L. pen. de iudic. L.* 26. *princ. de pig L.* 12 *de accus d. L.* 13. *§.* 1. *hoc tit.* Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. ca.* 2. *n.* 6. *&* 7. Lips. *de Magistrat. vet. pop. Rom. Ca.* 1. Aliter Hotom. 6. *Obs* 22. volens eos ita separari a magistratibus, qui a principe potestatem habent, Cerreton 1. *Animadv. & Var. Lect.* 12. qui magistratum proprie dici, qui potestate præditus non est, & quando potestas magistratui tribuitur, *L.* 215. *de V. S.* & imperium *L.* 2. *de in ius voc* intelligendum id quod alio quam magistratus iure habeant, insigni errore, statuit.

6) Vid. *infra Cap.* 9. *N.* 16. Apparet autem hinc iurisdictionem extra magistratum esse posse, vid. *infra h. C. N.* 24

7) Officium magistratus multo latius patet officio ius dicentis. Nec ut quis magistratus imperat, in eo semper ius dicit: Infinita in R publica officia magistratus sine iurisdictione expediuntur, vid. Aristot. 6 *Polit.* 8. Scip. Gentil *Lib.* 3. *Ca* 4. Curatio vero Reipublicæ generalior est, & omnibus competit, qui munus aliquod gerunt, etsi magistratus non sint, Scipio Gentil *Lib.* 2. *Ca.* 1. De discrimine magistratuum & curatorum, qui ordinarium munus non tractant, Petron. *de Rom & Græc. Magistr. pag.* 203, *& seqq.* Bodin. 3. *de Rep.* 2.

8) Hinc magistratus ius dicens vocatur *L.* 1. *hoc tit. L.* 12. *de vulg.* Ac quia nulla iurisdictio cui non imperium cohæreat, nec ullus magistratus qui non habeat aliquod imperium; etsi non omnis idem, sed alius maius, alius minus, Obrecht. *Disput.* 7. *Th.* 307. Nimirum omni magistratui aliqua iurisdictio & aliquod imperium necessarium ad cuiusque munera tuenda, Scip Gentil. *Lib.* 2. *Ca.* 2. nec potest intelligi magistratus, qui omni imperio iuridicia'i careat. Quid enim si lis, aut controversia inciderit in ea re, vel eo munere cui præpositus est, idem *Lib.* 1. *Ca.* 28. Imperium certe necessarium quo iussa sua rata efficiat, Et imperandi potestas vim magistratus indicit. Aristoteles 4. *Polit.* 15. τὸ γὰρ ἐπιτάττειν ἀρχικώτερόν ἐν Petron. *Lib.* 1. *de Rom. & Græc. Magistr. pag.* 208. Fallitur que & fallit Bodin. qui 3. *de Rep* 3 magistratus quoque dici, quibus imperium fuit sine iurisdictione, ut Censores ac Tribuni plebis, quia hi vocationem non habuerint, manus iniectionem habuerint. Et contra iurisdictionem ordinariam multis fuisse sine imperio. Quem refellit Scip. Gentil. *d. Lib.* 2 *Ca.* 2. Sed nec audiendi qui imperium tantum maioribus magistratibus concedunt, per *L.* 32. *de iniur. L.* 2 *de in ius voc* Govean. *Lib.* 1. *de iurisdict. n.* 4. Chatond. *de iurisdict. n* 12 & Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Ca.* 4 *n* 11. *& n.* 30 ubi scribit quosdam minores magistratus esse & iurisdictionem simplicem habere, quosdam alicui coercitioni permistam, non tamen mistum imperium, quo sane iurisdictionem, cui imperium cohæret: Nam *dd. ll.* non negant magistratibus minoribus omne imperium, sed illud præcipuum, quod in vocatione, prehensione, coercitione carceris & verberum magis elucet, Scip. Gentil. *d. Ca* 2 Quin nulla iurisdictio simplex ne quidem municipalium, vid. *infra N.* 17.

9) Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n* 284. qui imperio vacant, eos non magistratu, sed honore aut munere publico fungi. Munus sine dicitur etiam sine dignitate: Honor vero cum ea *L.* 10. *L.* 14. *princ. de muner.* Et dignitatem a magistratu secernit Lips. *de Magistr. Pop. Rom. Ca.* 1, quæ

niſtrationem rerum ad Rempublicam pertinentium continent; qualia deſcribuntur in *L. ult. D. de muner. & honor.* Nullum tamen horum magiſtratus. *L. cui muneris, D. de mun. & honor.* quia ſcilicet nullum iuriſdictionem adiunctam habet. Sunt & honores Reipublicæ nonnulli eiuſmodi, ut decurionatus: quem Reipublicæ honorem eſſe conſtat. *L. 1. L. 3. C. de decurio. Lib.* 10. Sunt enim decuriones conſilii publici, & curiæ velut ſenatores, quos vulgo Scabinos vocamus: ſic deſcribuntur in *L. omnes, C. eod.* At decuriones [10] non ſunt magiſtratus. Argumento eſt, quod decuriones poſtea ad magiſtratum vocantur. *L. 1. C. de magiſt. municip.* Ideo autem magiſtratus non ſunt, quia his iuriſdictio tributa non eſt.

VII. Non eſt ſatis iuriſdictio ad magiſtratum. Eam iuriſdictionem eſſe oportet, ut quis præſit iuri dicundo. Hoc cum acceſſit, tum demum magiſtratus qui & honos conſtitutus eſt, conſtitutum, quod vere proprium eſt magiſtratus. Id & officium magiſtratus, & origo verbi declarant. Officio ita conſtituti ſunt & comparati magiſtratus, ut iuri dicundo præſint. Indicat Pomponius in *L. 2. §. poſt originem, D.* de orig. iur. *cum poſt originem & proceſſum iuris*, ait conſequens eſſe, *ut de magiſtratuum nominibus, & origine cognoſcamus*, & ideo conſequens, *quia*, inquit, *per eos qui iuri dicundo præſunt, effectus rei accipitur:* quæ plane ratio inepta eſt & inutilis, niſi hoc intelligit, magiſtratus eos ipſos eſſe, qui iuri dicundo præſint. Quod cum per ſe ſatis ex ſuperiore ratione intelligeretur, ideo omiſit. Idem oſtendit origo verbi. Nam magiſtratus auctore Feſto dictus eſt a magiſtrando: magiſtrare autem veteribus regere, moderari, præeſſe: ut eſſet magiſtratus, qui in parte ſibi commiſſa regeret populum, eique moderaretur. Et quoniam nullum eſt moderamen rectum, niſi cum præſcribuntur recta & coniuncta cum legibus, id eſt, cum ius redditur; & eo fit, ut magiſtrare ſit moderari iure dicundo. Quod & Cicero aperte expreſſit de vi magiſtratus loquens *Lib. 3. de legib.* in eo loco, quem & initio retuli. *Videtis igitur*, inquit, *magiſtratus hanc eſſe vim, ut præſit, præſcribatque recta, & utilia, & coniuncta cum legibus. Ut enim magiſtratibus leges, ita populo præſunt magiſtratus. Vereque dici poteſt magiſtratum legem eſſe* [11] *loquentem; legem autem mutam magiſtratum.* Sed & ut certius intelligatur eam verbi ſignificationem eſſe, quam dixi, dictum eſt magiſtrare, & magiſtratus per derivationem a magiſtro, auctore Paulo, qui & magiſtros eſſe definit eos, [12] *quibus præcipua cura rerum incumbit, & qui magis quam cæteri diligentiam & ſollicitudinem rebus quibus præſunt, debent.* L. quibus. Alias, *cui, D. de verbor. ſignificat.* Poſtremo ut ſciamus proprium hoc eſſe magiſtratus, præeſſe iuri dicundo, ita loqui ſolent veteres, ut magiſtratum & eum qui imperium poteſtatemve habet ſignificare volentes, hac circumlocutione utantur, ut dicant

quæ latius patet. Vult. *ad L. 1. C. Ubi ſenat. n.* 14. cum ſæpe qui maximos honores gerunt, omni poteſtate careant, Bodin. *d. lo.* qui *&* *Cap. 2. initio generatim*, Officiales vocat perſonas publicas, quæ munus ordinarium lege definitum habent.

10) Vid. Vult *ad L. 1. C. Ubi de curiali n. 9. & 2. ſeqq.* Quin & Senatorius ordo diſtinguitur a magiſtratu *L.* 1. §. 5. verſ. *quamvis de poſtul.* nec magiſtratus eſt niſi large, vid. Matth. Steph. *Lib. 1. Ca. 14. n. 8 & ſeqq.* cum & magiſtratus annui fuerint *ſupra Ca. 4. N.* 20. & Senatoria dignitas perpetua. Bodin. amplius, 3. *de Rep.* 1. *n.* 258 nec ſingulos Senatores nec univerſos imperium ullum habere: Senatum conſilii publici cauſſa inſtitutum, iuriſdictioni implicari non debere; nuſquam in Republica bene conſtituta illi imperium tributum fuiſſe. Poſtremis Reipublicæ Romanæ temporibus Senatum deſiiſſe, in Curiam iudicum mutatum. Sed etſi Senatus olim ordinarie cauſſas non diſceptarit, nec legitimis cognitionibus interfuerit, Pollet. *Lib. 1. Hiſtor. fori Ca. 4. ſub fin. & Lib. 3. Ca. 7. pag.* 245. non tamen nulla ei poteſtas ac imperium fuit, ut probat Cabot. 2. *Diſput.* 3. & Petr. Greg. 47. *Synt* 25. etiam in iudiciis & cognitionibus, vid. Io. Sar. Zamoſc. *Lib. 1. de Senatu Rom. pag. 54 & ſeq ac Lib. 2. pag. 172. & ſeqq.* Sane poſt occupatam a Cæſaribus rempublicam crebriora Senatus iudicia, apud quem & lege agere licuiſſe, ac iudices ab eo petere, probat Baro *ad Rub. de Senat.* ex Sueton. *in Calig. Nerone & Domitiano & L. 1. A quib. appell.* Quin & ipſe Senatus cauſſas cognovit & pronunciavit, ut liquet ex Plutar. *in Marcello*, Pollet. *d. Lib. 3. Ca.* 11. maxime in capitalibus, vid. Obrecht. *de Iuriſdict. Ca. 6 n.* 41.

11) Viva vox iuſtitiæ magiſtratus, Ioach. Steph. *Lib. 1. de Iuriſdict. Iudaeor. &c. Ca. 1. n.* 35. Lex vivens ac ſpirans, cuius maxime propria illa, in quibus IC. *in L. 7. de LL.* legis virtutem eſſe dicit Bodin. 3. *de Rep. 5. initio.* Νόμος ἔμψυχος. ſine quo præclaræ quamlibet ſanctiones irritæ & ceu mortuæ iacent. *Antimachiav. Lib. 3. Theorem.* 35. *pag.* 736. Et leges per magiſtratus qui eas executioni mandant ſpiritum ac motum accipiunt. Quos Plato ſæpe legibus anteponit, quia leges ſine illis infirmæ, magiſtratus autem optimi ipſi ſibi ſunt leges, Petr. Gregor. 4. *de Rep. 5. n.* 1. Fran. Picolhom. *Philoſ. mor. Gradu* 10. *Ca.* 15. Unde Manut. *Proœm. Lib. de Magiſtrat.* conducibilius cenſet ut iniquæ legi præſit (ea ſequendæ ſcilicet; alias magiſtratus non præeſt vel ſuperior eſt lege, ſed ſubeſt, vid. Steph. *Iun. Brut. Vindic. Contr. tyrann. Quaeſt. 3. pag. 89. & ſeqq.* Ariſtotel. 3. *Polit.* 16. add. Picolhom. *Philoſ. mor. Gradu* 10. *Cap.* 19.) optimus magiſtratus, quam ut improbus vel æquiſſimæ: Honeſtus quippe vir in iure reddendo unam habebit propoſitam iuſtitiam: Ad illius normam, ſi quid vitioſum emendabit, ſi ambiguum, in meliorem partem interpretabitur. Improbus legis vocem non exaudiet, libidinem animi ſui pro lege ſequetur.

12) Unde Dictator, magiſter populi, id eſt moderator, Cic. 3. *de LL.* Bodin. 3. *de Rep. 3. n.* 273. Govean. *ad L. 13. hoc tit. n.* 8. Ræv. 3. *Coniect. ult.* Gœd. *ad d. L. 57. n. 4. & n.* 9. Perion. *Lib. 1. de Rom. & Græc. Magiſtr. pag.* 202. *& ſeq.* Phil. Camerar. *Operar. ſubciſiv. Cent. 3. Ca.* 61. Quia & præcipua cura Reipublicæ incumbit magiſtratibus ac pro ea vigilare debent, Gœd. *d. n.* 4. & ex imperio magis poſſunt, ac potentiores ſunt privatis. Sic iudices Iſraelitarum magiſtri vocantur, *Deuteron.* 16. Petr. Gregor. 47. *Synt.* 12. *n.* 2. Hinc & magiſteria poteſtas *L. 6. C. hoc tit.*

dicant qui iurisdictioni præest, & eodem sensu, qui tribunali præest. *L. 1. D. quod quis iur. L. non possunt, D. de legib. L. 1. D. de iud.* Additum hoc, ut removeantur, qui mandatam iurisdictionem habent, quales fuerunt mandata iurisdictione legati proconsulum. Nam & hi sustinent administrationem Reipublicæ cum iurisdictione coniunctam. Sed non sunt magistratus, de quo inter omnes convenit: tantum ideo, quia iurisdictioni non præsunt. Est autem iurisdictioni præesse, seu præesse iuri dicundo, iurisdictionem ita constitutam habere, ut in ea tibi commissa principem locum obtineas, eam exercens pro tuo imperio, non autem ex alieno imperio aut mandatu pareas. Quod non fit in iis, qui mandatam iurisdictionem habent: hi enim ius dicunt pro imperio eius, cuius partibus funguntur, a quo & pendent. *L. 3. D. de offic. eius.*

VIII. Sit ergo magistratus ea administratio quam diximus, cum magistratus honorem intelligimus. Quod si magistratus persona ea est, quæ hunc honorem gerit; erit magistratus is, [13] qui superiorem administrationem iure delatam & constitutam habet, aut quod idem valet, cui potestas iuris publice dicendi vel sola, vel alterius publici muneris obeundi caussa principaliter ita constituta est, ut in rebus administrationi suæ commissis præesset iuri dicundo. Sed prius est, ut sit ei hæc administratio atque hæc potestas recte constituta, seu ut sit recte creatus ad eam rem & constitutus magistratus. Recte constituitur hoc modo, si constituerit is, penes quem constituendi potestas est, & constituerit, quomodo oportet: ut scilicet in recta magistratus constitutione & creatione duo hæc præcipue spectanda sint: constituentis persona, & constituendi modus. Nam de constituti persona ipsi qui constituunt, dispicient, & quem admittendum pro potestate putabunt, is erit magistratus.

IX. Qui superiorem administrationem deferre, atque hoc modo magistratum creare possint, duo sunt; princeps, & populus. [14] Principem, penes quem [15] summa rerum est, ut sunt Imperatores, &

13) Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 260. inter Iurisconsultos qui recte definiat haberi neminem scribit. Ubi Cuiacii definitiones reprobat, eumque quod una plures proferat reprehendit, qui se tuetur 18. *Obs.* 38. Idem Aristotelicam descriptionem reiicit, cui Magistratus sunt ὅσαις ἀποδέδοται βουλεύσασθαι τε περὶ τινῶν καὶ κρῖναι, καὶ ἐπιτάξαι. καὶ μάλιστα τοῦτο. Hoc est, quibus datum est consulere de quibusdam (male Bodinus vertit, qui participes consiliorum publicorum, & inde reprehendit) & iudicare & iubere, atque hoc maxime 4. *Polit.* 15. large & laxe, ait Lips. *de Magistr. pop. Rom. Ca.* 1. ex consuetudine Attica, qua imperium a iurisdictione non discernebatur, Ioach. Steph. *Lib.* 2. *n.* 2. Bodin. vero *Ca. seq. initio* definit, Officialem qui publicum imperium habet. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Ca.* 2. Præfectum publice iurisdicundi muneri, ubi ait accuratius definiendum esse a Politico, a Iurisconsulto autem pro modo disciplinæ suæ. Bocer. *de Iurisdict. Ca.* 8. *n.* 52. Præfectum societatis publicæ cum imperio constitutum. Aliter alii.

14) In quo omnis iurisdictio residet, ac ab eo veluti a capite & perenni fonte emanat, atque magistratus derivatur. Unde DD. Oceano comparant Imperatorem, ac penes eum iurisdictionem residere ut scabellum pedum suorum, ab illo in magistratus fluere & ad eundem refluere, Parlador. *Lib.* 2. *Rer. Quotid. Cap.* 1. *n.* 7. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Cap.* 18. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 83. *Cap.* 2. *n.* 26. *& Cap.* 38 *n.* 2. Paurmeist. *Lib.* 2. *Cap.* 4. *n.* 12. *& seq.* Knich. *de Sax. non prov. iure v. Ducum Sax. Cap.* 1. *n.* 3. *&* 4. qui ad hoc plures veterum citant. Unde præsente principe omnia omnium magistratuum imperia conquiescunt. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 163. *& Lib.* 3. *Cap.* 2. *ac passim.* quemadmodum fluviorum impetus una cum nomine absorbetur cum ab ostiis in mare confusi labuntur, & siderum omnium lux nulla percipitur, cum sol exoriri cœpit, ait idem scite, 3. *de Rep.* 6. *n.* 313. ubi tamen nihil inde magistratibus decedere, sed præsente principe imperandi ius sustineri ac suspensum teneri. Plin. *in Panegy.* Imperatoris adventu legatorum dignitas obumbratur. Qua de re scitissimi versus Guntheri *in Ligurino Lib.* 11.

Hoc quoque per cunctas regnator Teutonus urbes,
Non modo Teutonicus, sed & hic & ubique iacentes
Ius habet: ut præsens quasi maximus omnia iudex
Claudere iura manu, cunctasque recidere lites
Debeat: atque omnis iudex, omnisque potestas
Atque magistratus ipso præsente quiescant.

Ref. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 28. Conveniunt loci iuris Sax. Landr. *Lib.* 1. *Art* 58. *& Lib.* 3. *Art.* 60 Sed Bocer. *de Iurisdict. Cap.* 8. *n.* 80. hodie Principes & status imperii in exercitio suæ iurisdictionis per Imperatorem impediri non posse, add. Colet. *de Process. pag.* 2. *Cap.* 2. *n.* 149. *& seqq.* Quo spectat tralatitium illud, Principes imperii in sua quemque ditione iura Cæsaris habere, de quo vid. *infra Cap.* 9. *N.* 7.

15) *L.* 1. *§.* 4. *de off. pref. urb. L.* 5. *C. de divers. rescript.* Et recte signum supremæ potestatis statuitur auctoritas creandi magistratus, P. Gregor. 4. *de Rep.* 5. *n.* 24. Nec minima iurisdictio ordinaria sine principis auctoritate, mediate vel immediate, confertur, Wes *ad h. t. C. n.* 31. P. Gregor. *d. n* 24. Et male Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 150. magistratuum creationem iuris maiestatis non esse, sed in subditos sæpe convenire scribit. Nam & cum Principes maiores magistratus creant, iisque facultatem minores constituendi impertiuntur, inferiores hi itidem iurisdictionem a principe habent, quia omnia nostra facimus, quibus auctoritatem impertimur, *constit. DEO auctore §.* 6. *de concept.* D. Marta *de Iurisdict. pag.* 1. *Cap.* 42. Et cum municipia ius eligendi magistratus habent, sua id potestate non faciunt, sed consensu expresso vel tacito principis, P. Greg. *d. loc.* Sic Vult. *ad L.* 3. *C. h t. n.* 9. *& seqq.* Iurisdictio, ait, a publico necesse est accipiatur: Et aut ab eo qui statui præest ut Imperator, aut cui is concessit: sicuti hodie status imperii: aut præscriptione lapsu temporis, ubi tacita concessio. De qua præscriptione, quam cum territorio, item cum titulo & bona fide decennio vel vicennio fieri volunt, alias tricennio &c. vid. Wes *in hoc tit. C. n.* 17. Petr Greg. 47. *Synt.* 21. *n.* 22. *& seqq.* Obrecht. *de iurisdict. Cap.* 10. *n.* 15. Io Monach. *Cap.* 5. *n.* 50. *& seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 38. *n.* 33. *& seqq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 21. (qui moribus inductam esse contra ius scriptum censet, cum non sit in patrimonio privatorum *n.* 14.) Bocer. 8. *n.* 99. *& seqq.* An & quando necessaria hic scientia eius contra quem præscribitur, Padilla *in L.* 1. *C. de servit. n.* 50. *& seqq.* Sane meri imperii præscriptio iuri civili incognita, ut probat Obrecht. *Cap.* 4. *n.* 17. *& seqq.* licet diss. Bronch. 2. *Misc.* 9. Fach. 8. *Controv.* 23. Est & tacita concessio in iurisdictione, quæ ex consuetudine competit: qua dari iurisdictionem confirmant ex *L.* 2. *C. de emanc. L.* 8. *C. de divers. off. Lib.* 12. *Tit.* 60. *L.* 25. *ad Municip.* Petr. Gregor. 47. *Synt.* 21. *n.* 21. Decian. *Tr. crim. Lib.* 4. *C.* 27. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Ducum Sax. Cap.* 1. *n.* 41. *& seqq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 21. *n.* 10 Io. Monac. *de Iurisdict. Cap.* 5. *n.* 20. *& seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 38. *n.* 46. *& seqq.* ubi & quid hæc acquisitio a præscriptione distet, exponunt.

Reges, & si qui sunt alii principes eodem iure, magistratus creare & constituere pro imperio posse constat. Sic enim est hæc potestas, ut quidquid principi placuit, putetur legis vim habere, *L.* 1. *D. de constit. princip.* Quæ res fecit apud Romanos, ut cum populus in principem omne imperium & potestatem suam transtulisset, etiam magistratuum creatio sub Imperatoribus non ad principis tantum, sed etiam ad solius principis curam pertineret, non ad populi favorem, ut est in *L.* 1. *D. de leg. Iul. ambit.* Quomodo a principe creari possint magistratus, magnopere quærendum non est; quemadmodum nec illud, quos & ubi possit creare. Nam si quidquid principi placuit, legis habet vim, ut ante dixi, *d L.* 1. *de const. prin.* sola voluntas principis ad magistratum creandum sufficit, ut dicendum sit eum ubi velit, & quos velit, creare posse magistratus, & quos ac quomodocunque designarit, eos magistratus futuros. Solum id exigemus, ut de voluntate principis constet: quod fiet more & ordine recepto ex diplomatis principis in ea re usitatis.

X. Populi eadem potestas in Rebuspublicis, quæ populi imperio administrantur. Non enim alia de caussa potest princeps magistratus creare, & de rebus pro arbitrio statuere, quam quod potestate populi in eum translata, populi iure & potestate in eo utitur. *d. L.* 1. *de constit. princip.* Qualis potestas fuit [16] populi Romani ante occupatum dominatum ab Imperatoribus, ut exponitur in *L.* 2. *D. de origin. iur.*

XI. Simul atque autem populus cœpit habere principem, ad quem summa rerum pertineret, non iam creandorum magistratuum potestas populi est, sed principis. Postquam enim transtulit populus omne imperium & potestatem suam in principem: simul factum est, ut desineret habere. Potest tamen in hac parte Reipublicæ, ut & in cæteris, aliquid populo iuris esse: sed sciendum est tantum id futurum, quantum cuique populo a principe concessum erit, aut ex vetere potestate populo relictum: quod quidem nullis continetur certis legibus, sed ubi id sit, & quantum ex fœderibus, conventionibus, privilegiis civitatis & populi cognoscendum est. Ex hoc genere est ius illud relictum civitatibus, quæ sub orbe Romano erant, ut in singulis municipiis possent cives creare sibi proprios magistratus, quorum iurisdictio contineretur intra territorium cuiusque municipii, *L. duumvirum, C. de decur. lib.* 10. qui inde dicti sunt magistratus [17] municipales. *L. magistratibus,*

16) Ioach. Steph. *Lib.* 3 *de Iurisd. C.* 3. post Consularem potestatem incisam lege Valeria, Senatus auctoritatem in populi potestate penitus reconditam fuisse. Bodin. 6. *de Rep.* 6. *n.* 772 statum Romanorum exactis Regibus popularem fuisse, rationem autem gubernandæ civitatis alienissimam a populari, aristocraticam, geometricis legibus constitutam. Qui & 2 *de Rep.* 1. *n.* 179. *& seq.* Rempublicam Romanam ex triplici politiæ genere temperatam ac confusam constitisse negat, quod asserunt Polyb. *Lib.* 6. *de Discipl. Rom.* Machiav. *Lib.* 1 *Discurs. de Rep. Cap.* 2. Perion. *Lib.* 1. *de Rom. & Græc. Magistr. pag.* 269. cuiusmodi statum præstantissimum censet Hotom. *in Francogall. Cap.* 12 Alii vero ex duobus Aristocratia & Democratia constitisse, Cabot. 2. *Disput.* 3. *&* 4 Alii (4) formis compositum: Monarchia in Dictatore (quod refellitur ex iis quæ habet Bodin 1. *de Rep.* 8. *n.* 79 *& seqq.*): Oligarchia in Consulibus; Democratia in populo, & Aristocratia in Senatu, Auctor *Catalox de O. t. Lib.* 1. *Excurs.* 6. Quin & sub Regibus regni speciem non fuisse putam putam, sed confusam cum democratia, nec Reges habuisse plenum ac perfectum imperium volunt idem *d. Lib.* 1. *Excurs.* 6. *& seq. & Lib.* 2. *Excurs.* 2 Pollet. *Lib* 3 *Histor fori Cap.* 5. Contra alii, Obrecht. *Cap.* 6. *n.* 2. quia etsi sub Regibus multum populo permissum a Servio, leges condere, magistratum creare, tamen ea Reges non a se abdicaverint, sed cumulative concesserint, Ioach Steph. *d. Lib* 3. *Ca.* 3. *n* 6. Et iure non potuisse a Regibus Romanorum provocari ad populum eximie probat, locum Liv. *Lib.* 1 de Horatio sororicida explicans Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Ca* 1 Ex clementi enim interpretatione regis Tullii & benigna concessione id concessum Horatio. Ipse enim Tullius dederat Duumviros. Quare nec ad alium iure provocatio quam ad ipsum At princeps legibus, quibus solutus est, suis se ultro adstringere potest. Sub Augusto vero populare imperium in unius potestatem conversum. Qui etsi auctoritatem Senatus, tribunorum potestatem, magistratuum dignitatem se conservare significabat, id tamen omnino egit, ut imperium sibi omnimodum constitueret, vid Ioach. Steph. *Lib.* 7. *Cap.* 4. Ac verbo quidem Princeps fere in Republica primus, re ipsa rerum omnium moderator & Rex fuit Bodin. 4. *de Rep.* 1. *n.* 377. qui & 1. *de Rep.* 6. *n.* 52. Tiberium umbram popularis status, quam Augustus populo reliquerat, penitus ademisse Unde apparet quam male idem sibi constet, dum alibi Imperatores Romanorum summam potestatem non habuisse, sed auctoritate non imperio præponderasse, nec monarchiam fuisse, sed principalum docet *Lib.* 1. *Cap.* 8. *n.* 93. *& Lib.* 2 *Cap.* 1. *n.* 186. *ac Cap* 5. *n.* 209

17) *L.* 25. *& seqq. ad Municip. L.* 1. *L.* 4. §. 3. *de damn. inf. L.* 35 *in fin. de O. & A.* Græcis *ἐγχώριοι τῶν κώμων L.* 6. §. 16. *de excus. ἄρχοντες τῶν κώμων L.* 15. §. 9. *d. t.* de quibus agit Scip. Gentil. *Lib.* 2. *de Iurisdict. Ca.* 5. *& seqq. & Lib.* 3. *Ca.* 21. Hinc municipalis iurisdictio *L incola* 29. *ad municip.* Quæ licet tenuior ac minus ampla, suisque circumclusa limitibus fuerit, Vaud. *Lib.* 1. *Quæst.* 22. *n* 4. vera tamen ipsa, verique hi magistratus, siquidem maioris & minoris ratio speciem non variat. Tametsi Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 54. nullam pene eos iurisdictionem habuisse scribat, & Duar. *ad h t D. Ca.* 4. *ad d. L.* 3 *h. t. fol.* 25 totam disputationem, definitionem, ac divisionem imperii, & iurisdictionem pertinere ad solos Romanos, non municipales magistratus, & Scip. Gentil. *d. Lib.* 1. *Ca.* 2. hos non modo imperio, sed & iurisdictione propemodum caruisse, nec veros ac iustos magistratus esse, qui tamen valde variare, nec sibi probe constare videtur in hoc argumento. Licet autem hi non habuerint omnia quæ misti imperii, nec utique ea quæ magis imperii, quam iurisdictionis: *L.* 26. *princ. ad Municip* male tamen qui omni eos imperio misto caruisse putat, Duar. *d. lo. &* 1. *Disput.* 53. Vaud. *d. Q.* 22. Scip. Gentil *d. Lib.* 2 *Ca.* 3 *& Ca* 5. *ac passim.* Male qui in illis exemplum simplicis iurisdictionis ab omni imperio seiunctæ statuunt. Immo & hi imperium habent pro modo iurisdictionis suæ, quo effecta dare possint quæ decreverint. Quia enim non ita ampla est eorum iurisdictio, uti magistratuum Romanorum, ideo ad modum iurisdictionis modératum quoque est eorum imperium. Nam & ipse Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Ca.* 6. sententias suas illos exsequi

tibus, *D. de iurisd. Titu. C. de magist. municip.* Iurisdictione tamen eorum intra hos fines conclusa, ut quæ iurisdictionis essent, facere possent: quæ imperii magis quam iurisdictionis non possent. *L. ea quæ*, *D. ad municip.* quod quid sit, proximo capite dicetur.

XII. Et quoniam horum crebra est mentio in libris nostris, neque una est species quam Accursius unam putavit ad *L. 1. D. si quis ius dic. non obtemp.* ne quis sit error, sciendum est horum duo genera fuisse: quorum alii [18] Duumviri dicti sunt, alii Defensores civitatis. Duumviri nominantur in *L. 1. §. si inter*, *D. de mag. conven. d. L. si quis ius dic. non obtemp.* inde dicti, quod [19] duo viri ad eum gradum eodem tempore & pari potestate adhiberentur. De defensoribus civitatum exstat titulus specialis in Codice sub eadem inscriptione. Denfensores civitatum illic nominantur fere passim, ut plures hi quoque simul fuisse in quaque civitate videri possint: quæ res fortasse errori caussam dedit, ut hi iidem esse cum Duumviris putarentur. Sed verius est unum tantum defensorem fuisse in singulis locis & territoriis. Nam *L. 1. eod. tit.* dirigitur nominatim ad unum defensorem. Lex autem 3. *ibidem*, peculiare patrocinium huius magistratus appellans, nominatim id ita interpretatur, ut dicat intelligere se patrocinium defensoris locorum, numero singulari, non autem defensorum. Sic curiales & defensor civitatis nominantur in *L. unic.* illic, *ita ut ab omni defensus. C. ut omnes iud. tam civ.* Unus igitur defensor singulorum locorum, non plures. Nec contrarium est, quod alibi nominantur defensores civitatum. Sane enim civitatum plurium non possunt esse, nisi plures defensores, si singulæ suum defensorem habent, etiamsi unum tantum. Ut enim iunctæ civitates non possunt esse nisi plures, etiamsi unaquæque per se sit una; ita iuncti cum suis civitatibus singularum defensores non possunt esse, nisi plures, etiamsi singulorum sit unus tantum defensor. Aliud est si dicantur civitatis defensores; tunc enim necesse sit intelligi unius civitatis defensores plures: sed hoc non legimus. Atque ut quis dederit plures cuiusque civitatis defensores fuisse: vincet tamen ratio [20] alios atque alios magistratus fuisse, Duumviros & defensores civitatum. Cuius rei certissimum hoc argumentum est, quod decurio duumviratu & aliis honoribus fungi potuit. *L. honores, § is qui, D. ad municip. L. 1. C. de magist. municip.* Defensor autem ex corpore decurionum [21] eligi prohibetur in *L. 2. C. de defen. civit.* Et certe duum-

sequi potuisse pignoribus captis & rei iudicatæ tuendæ caussa distractis, *L. 29. §. pen. ad L. Aq.* unde apparet contra resistentes etiam violentius quid facere posse. Et facit *L. 4. §. 2. de damn. inf.* Ac potestas eis tribuitur *L. 52. §. 12. de furt.* vid. Cuiac. *ad L. 1. de V. S.* Buss. 2. *Subtil.* 14. Ant. Fab. *ad L. 12. h. t.* Matth Steph. *Lib. 1. de iurisdict. Ca. 12. n. 34 & seq.* Obrecht. *Ca. 2. n. 21.* Bocer. *Ca. 4. n. 33.* Merum autem imperium maius ac ius gravioris animadversionis non habuerunt. Hinc Iudæi Pilato responderunt sibi non licere quenquam interficere, Ioan. 18. *vers.* 32. Govean. *ad L. 12. h. t. n.* 5. Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 54. refellens eos qui pontifices Iudæorum religione impeditos iudicio CHRISTI abstinuisse putant. Modicam autem castigationem (quæ strictior est coercitione, verberum irrogationem ac vim corpori illatam denotans, cum coercitio etiam fiat, mulcta dicta aut pignoribus captis, etsi & ipsa stricte significet corporalem animadversionem, Decian. *Tr. crim. Lib. 4. Ca. 2. n. 2.*) in servos habuerunt *L. 12. h. t. L. 17. §. 1. Qui & a quibus man. L. 52. §. 52. de furt.* & forte etiam in municipes suos viliores item vagabundos, Scip. Gentil. *Lib. 3. Cap.* 21. Ex *Nov. 15. Cap.* 6. §. 1. eisdem leviorum insuper criminum cognitio & animadversio competit, quam Scip. Gentil. *Lib. 3. Cap. 28. pag.* 446. vult eos non habere iure magistratus sui, sed ex constitutione Imperatorum speciali, ideoque mandare alteri non posse. Sane & in graviorum ac atrociorum delictorum reos ius apprehendendi & carceribus includendi habent, quos magistratibus provinciæ superioribus puniendos mittant *d. Cap. 6. §. 1. & L. 7. C. de defens. civ.* An torquere possint, vid. Muscorn. *de iurisdict. n. 108. & seq.* Denique ab illis ad nostrorum temporum magistratus argumenta duci possunt. Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap.* 7. qui scilicet in civitatibus subditis, *in den Land und Fursten Stadten*, qui quomodo illis comparari possint Bocer. *Cap. 8. n. 86. & seq.* de quibus plenius agit Matth. Steph. *Lib. 2 pag. 2. Cap* 3. Non autem ad civitates liberas vel imperiales, Scip. Gentil *Lib. 3. Cap.* 22. Cæterum & quando ius creandi magistratum non competit municipiis, sed eum a principe accipiunt, vacante officio interim dum princeps alium sufficiat decurionum collegium magistratus sibi, cum eo carere nequeat, creare posse scribit Covar. *Pract. QQ. Cap 4. n* 3. Parlador. 2. *Rer. Quotid. Cap. 1. n.* 8. per *Cap. cum olim* 14. *de maior. & obed.*

18) Govean. *ad L. 12. h. t. n.* 1. Scip. Gentil. *Lib. 1. Cap. 7. & Lib. 2. Cap.* 5. Errat vero Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 275. volens prætoriæ tantum iurisdictionis partem habuisse eos precario, neque magistratus fuisse. Etsi enim demus quod remissio in possessionem ex caussa damni infecti ab illis exerceatur ex mandato prætoris per *L. 1. L. 4. §. 3. de damn. inf.* quanquam & hoc controversum est, vid. Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap.* 6. alia tamen iam circa municipii administrandi ac gerendæ reipublicæ curam quam in iure, de caussis intra certam quantitatem, municipibus suis reddendo, quæ suo & proprio iure exercent, nec Prætoribus aut Proprætoribus accepta ferunt, sed ex lege municipii habent *L. 25. ad municip. L. 1. C. de emanc.*

19) Licet interdum plures fuerint, Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap.* 5. inde reperiri scribens in antiquis inscriptionibus, Quatuorviros (ad quod male Cuiac. *ad L. 18. C. de decur.* allegat *L. un. C. de sol. & lib. deb. civ. Lib. 11. tit.* 39.) Quinqueviros, Septemviros; Sic Romanis Quindecimviri sacrorum dicti, licet postea numerus ad 60. usque excreverit.

20) Scip. Gentil. *Lib. 1. Cap. 7. pag.* 24. Defensores maiorem iurisdictionem habere quam duumviros, qui tamen *Lib. 2. Cap.* 6. apud defensores non esse legis actiones, seu ea quæ sunt iurisdictionis voluntariæ, apud duumviros esse. Quin maximus honor in municipio duumviratus *L. 1. princ. de albo scrib.* In plerisque autem civitatibus utrumque magistratum fuisse, in tenuioribus alterum tantum *L. 30. de don.* idem *d. Lib. 2. Cap.* 5.

21) Quia hi similes tribunis plebis ex plebe eligendi: sicuti duumviri qui consulum speciem præ se ferebant, ex decurionum ordine creabantur, Forst. *de iurisdict. Rom. P. 1. Cap. 1. n. 30. & seqq.* In quo simulacrum quoddam Senatus. Et Senatus is dictus in Lege Pompeia de Bithinis. Plin. *Lib. 10. Epist. ad Traianum* teste M. Vertran. Mauro

viri fuerunt communes municipii magistratus ad omnes caussas & personas municipii pertinentes. Defensorum autem speciale munus fuit, positum in peculiari [22] patrocinio, ut est in *L.* 3. *Cod. de defens. civitat.* id autem sic explicatur in *L.* 5. *eod.* ut fuerit officium, quo innocentiam tuerentur ab improborum insolentia & temeritate. Quæ munia eiusdem magistratus esse non potuerunt. Populo magistratum constituente, hic ordo & [23] modus constituendi est, ut creetur magistratus suffragiis eorum, penes quos ea potestas est: quæ quomodo adhibeantur, & quam recte, sumendum est ex cuiusque civitatis & nationis legibus. Suffragiis certe hæc res transigitur. Quæ res hic etiam locum fecit legi Iuliæ de ambitu, aut Senatusconsulto, quod circa eam factum est, ut declaratur in *L.* 1. *D. de leg. Iul. amb.*

XIII. Sunt ergo, ut ad definitionem superiorem redeam, magistratus ii, qui ut iuri publice dicundo præsint, ita constituti sunt, ut diximus: atque hi [24] propriam iurisdictionem & suo iure habent. Sed an soli magistratus? Et puto recte dici solos magistratus ita habere. Nam si recte definivimus magistratum esse eum, qui rite constitutus sit, ut præsit iuri dicundo: non potest, quin, quemadmodum qui magistratus sunt, iurisdictionem habent & ei præsunt; ita e converso qui hanc habent, & ei præsunt, sint magistratus. Nulli autem iurisdictionem habent propriam & suo iure, nisi qui ei præsunt. Nulli igitur propriam habent, nisi magistratus.

XIV. Sed hanc partem dubiam fecit Pomponius in *L.* 2. *§. capta*, vers. *& hæc omnia*, *D. de origin. iur.* qui præfectum annonæ, & vigilum scribit non esse magistratus, sed extra ordinem utilitatis caussa constitutos esse. Et tamen constat præfectum vigilum iurisdictionem habuisse, quam & suo iure habuerit, non alieno beneficio: proinde & ei præfuisse. *L.* 5. *§.* 1. *D. de offic. præfect. vig.* Quæ si vera sunt, non soli iurisdictionem propriam habent, eive præsunt, qui sunt magistratus. Ego autem, quominus moveamur his exemplis, etiam præfectos illos magistratus fuisse non dubito. Certe ab iis qui ex professo scripserunt de magistratibus Romanis, in hoc numero recensentur, ut Fenestella & Cassiodoro. Sed & Cicero in oratione *pro domo suo* de M. Catone pecuniæ regis Alexandrini deportandæ extra ordinem præfecto loquens, id munus honorem & imperium vocat, quod qui habent, sunt magistratus, & ita dicuntur in edicto de in ius vocando. *L.* 2. *D. de in ius vocand.* Cicero ipse libro tertio *de legibus*, imperii verbo ubique magistratus intelligit. Nam leges de magistratibus sanciens ita scribit a principio: *Iusta imperia sunto, hisque cives modeste & sine recusatione parento.* Et paulo post: *Imperia cum Senatus creverit, populusve iusserit, ex urbe exeunto:* ubi imperia alios quam qui imperia habent, idest, magistratus, accipere non possumus. Et certe cum iurisdictioni præfuerint, his convenit magistratus definitio. Cur non ergo & his recte tribuamus magistratus nomen? Negat tamen, ut dixi, Pomponius hos magistratus esse. Sed hoc, ni fallor, sensit, non esse illos proprie magistratus, quo nomine Reipublicæ magistratus intelliguntur: idest, ii, quos habet civitas certos & constitutos, seu ordinarios, qui iidem statis & ordinariis tempori-

de Iure liber. Cap. 8. & a Senatu ad hunc argomentantur Imperatores *in L.* 36. *Cod. de decur.* Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi quis de curiali n.* 10. add *supra Lib.* 2. *Cap.* 21. *N.* 3. Ad similitudinem itaque magistratuum Romanorum creati hi magistratus, Cuiac. *in Nov.* 15. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 14. 95. Obrechr. *n.* 95. *Cap.* 11 *n.* 38. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 21. Unde Duomviri Consulum nomen per ambitionem sibi sæpe adscribebant, Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 5. suspicans ını sumi vocem *consulibus* in *L.* 30. *de acq. her.* Veluti hodie Consules usurpantur etiam in minimis oppidulis, adeo non pares Consulibus Romanorum, ut nec Duumviros referant, Matth. Steph. *Lib.* 2. *pag.* 2. *Cap.* 3. *n.* 257.

22) Tenuiom patrocinium suscipiebant, contra potentiorum oppressiones ac iniquas Curialium rogationes, Alc. 3. *Dispunct.* 5. (qoi & tres fuisse censet, ut & Forst. *supra d. loc.* non unum, ut noster; Scip. Gentil *Lib* 2 *Cap.* 7. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Ca.* C. 14. *n.* 99. qui & defensores plebis *L.* 1. *C. de Off. iurisdict. Alex.* Cuiac. 3. *Obs.* 14. de quibus & P. Gregor. 18. *Synt.* 18. qui tamen male *d. Lib Cap* 16. *n* 5. duumviros ad imitationem tribunorum inductos scribit. Fuerunt & nonnullis municipiis ædiles *L.* 30. §. 1. *D. Locat. L.* 2. *Cod Si serv. vel lib.* lib. 10. *tit.* 32. Cuiac *in L.* 18. *C. de Decur*

23) Bodin. 3. *de Rep.* 3 *n.* 285. Modum creandi magistratus aut a delectu pendere, aut a forte, aut ab utroque simul. Delectum fieri aut clara voce, aut manuum extensione, Græce χειροτονία qua utuntur nunc Helvetii, olim Græci: aut tabellis aut sphærulis, aut calculis, & vel occultis vel apertis suffragiis. De modis hisce vid. Aristot. 3. *Polit.* 15. P. Greg. 4. *de Rep.* 5 *n.* 40 *& seqq.* Picolhom. *Phil. mor Gr.* 10. *Ca.* 17. Paurmeist. *Lib.* 1 *de iurisdict. Cap.* 24 & de triplici ratione Atheniensium, Possard. *de Magistr. Athen. Cap.* 3 Ioach Steph. *Lib.* 2. *Ca.* 3. *n.* 15. *& seqq.* De sortitione (qua minus peccari quam electione vult Sc. Amirat. *Dissert. Polit. in Tacit. Lib.* 20. *Discurs.* 1.) prolixe Tiraq. *de iure primigen.* Q. 17. *Opin.* 1. Qui idonei & ex quo civium ordine perficiendi, P. Gregor. *d. Cap* 5 *n.* 15 *& seqq.* Picolhom. *d. Grada* 10. *Cap.* 16. Zach. Fridenreich. *Polit. Cap.* 10. De venalitate magistratuum ac officiorum publicorum dinundinatione, ceu peste Reipublicæ summa summe vitanda Aristot. 2. *Polit.* 11. P Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 17. *&* 4. *de Rep.* 5. *n.* 27. *& seq. &* C. 6. *n.* 4. *ac* 21. *Synt. Arb. mirab.* 7. Danæ. 6. *Polit.* 5. *pag.* 432. *& seqq.* Io. Cas. *Lib.* 2. *Sphæra civit. Cap.* 9 Hotom. *in Franc ogall. Cap.* 27. *p.* 225. *& seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 301. Vasq. 1. *Ill. Cont Cap.* 42. *& seq.* Gerard. Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 86. *&c.*

24) Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 3. Matth Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 35. sed obsistunt ea, quæ *supra h. Ca. N* 5. nisi hæc iosta priora accipias, ita quod ubicunque iurisdictio propria, accedente curatione muneris Reipublicæ, magistratum poni necesse sit.

poribus quotannis crearentur. Quo in numero superiores non fuisse iudicare voluit Pomponius. Idque ex eo potest intelligi, quod subiicit: *non sunt magistratus*, inquit, *sed extra ordinem utilitatis caussa constituti sunt*. Cæterum ita constituti, sunt magistratus tamen, 25 licet extraordinarii. Neque novum est generis nomen per excellentiam attribui proprie & specialiter iis quæ ordine & usitato more fiunt, etsi ad species quasdam extraordinarias non minus pertineat. Sic proprie & specialiter actio dicitur ea, quæ est ordinaria, distinguiturque a persecutionibus extraordinariis: quæ tamen & ipsæ generaliter actionis verbo continentur. *L. pecuniæ*, *§. actiones*, *L. actiones*, *D. de verb. significat.*

XV. Sed ne necesse sit coniicere nos in eas angustias verbi, licet tuto rem hoc modo definire; ut iurisdictionem propriam & suo iure habere intelligantur magistratus ordinarii omnes: tum si qui sunt, qui extra ordinem constituuntur iuris publici dicendi caussa, ut fuerunt Romæ præfectus vigilum, & præfectus annonæ; sive hos magistratus appellare placet cum Fenestella, & Cassiodoro, sive non placet, cum Pomponio. Si quis planius etiam desiderat, licet definire hoc modo: Quicunque in Republica creantur, constituuntur, ut iuri publice dicundo præsint, dum recte constituantur, a quibus oportet, & quomodo oportet, quocunque nomine appellare libet, ii sunt, qui iurisdictionem propriam & suo iure habent, de quo quærimus. Quid sit præesse iuri dicundo: quorum potestas sit constituere, qui præsint: quis sit constituendi modus, ante dictum est, inde repetetur.

XVI. Non est satis intelligi magistratum, & qui pro magistratu constituuntur extra ordinem, iurisdictionem propriam habere: sed hoc amplius cognoscendum est, quam habeant, & quantam iurisdictionem; ut sciri possit an sit eorum de

re

25) Ita & Muret. *ad d. §. 33. & Cuiac. ibid.* Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 3. non esse solemnes statos ac legitimos, sed extra ordinem moremque consuetum ad tempus constitutos. Magistratus a κατ' ἐξοχὴν sæpe Ordinarii. Sic distinguuntur a magistratibus, qui extra ordinem ius dicunt *L.* 7. *§. ult. off. procons.* Wes. *ad tit. C de pedan. iud. n.* 6. licet verba extra ordinem ibi possint significare ea, quæ speciali lege tributa magistratus iure non competunt, de quibus etsi magistratus ius reddant, non tamen *quasi magistratus*, aut vi suæ potestatis. Et quod magistratus alii ordinarii, alii extraordinarii, docent Obrecht. *Cap.* 11 *n* 4 *& seqq.* Lips. *de Magistr. pop. Rom Cap.* 2. Pluresque fuisse extraordinarios, urbanos & provinciales, Petr. Gregor. 47 *Synt.* 6. *n.* 6. Et consentit quidem, sed Pomponium reprehendit auctor *Catalex. de O. I.* falso adscriptæ Io Emer Rosbach. *Lib.* 2. *Excur.* 17. *sub fin.* Contra Govean *ad L.* 13. *hoc tit. n.* 1. *per d. §.* 33. (qui & Procuratorem Cæsaris magistratum esse negat per *L. 46. de contr. empt.* 1. sed male *Lib.* 2 *de iurisdict. n.* 48) Gœd. *ad L.* 215. *de V. S n.* 8 Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap* 5. *n.* 14 docens, extraordinariam iurisdictionem lege speciali etiam dari ei, qui magistratus non est, & Matth. Steph *Lib.* 1. *C.* 2. *in fin. & Cap.* 5. *n.* 7. iurisdictionem tantum ordinariam arguere magistratum. Et convenit Bodin. 3. *de Rep.* 2. *&* 3. dum munus magistratus certa lege, generali scilicet, definiri oportere docet, nec sine legibus constitui posse ordinaria imperia & potestates, quibus extraordinaria, quas curationes vocat, opponit. Atque his accedo non tantum propter *d. §.* 33. nimis apertum; sed & quia potestas extraordinaria ex arbitrio imperantis tota pendens propria dici nequit, cum perpetua non sit nec personæ nec officii ratione, sed veluti precario habeatur ut Bodin *d. lo.* ostendit Et maxime quia nec extraordinaria potestas magistratui stato & legitimo specialiter concessa iure magistratus habetur, ut *C. seq. N.* 30 Minus igitur ea ita habebitur, quam quis solam obtinet. Quin mandata forte hæc & delegata a lege vel eo qui statui præest, sicuti alia mandata a magistratu. Usus & effectus quæstionis etiam in eo, ut hæ extraordinariæ iurisdictiones si magistratus non sunt, magisque a lege delegatæ quam datæ, seu delatæ, alii mandari nequeant, per ea quæ *Cap. seq* Quin neque hos ad caussas eas quorum notionem habent iudices dare posse contendit Govean *ad d L* 13. *per eam L.* Sane latiori sensu & extraordinario has potestates magistratus vocari agnosco, sed improprie Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 10. *n* 3 Sicuti Dictator magistratus appellatur *L* 2. *§.* 18. *de O I.* etsi Dictatura vere magistratus non fuerit, sed Curatio, quæ vulgo hodie commissio, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 7. *a.* 80. *&* 3 *de Rep.* 2. *n.* 26 Enim vero omne imperium legitimum ἐν πλάτει nomine magistratus censetur. Sic nempe Rex quoque nomine magistratus venit *d. L.* 2. *§. quod ad magistratus* 14. *de O. I.* cum tamen Princeps supremus magistratus non sit, sed celsior. Tiber. *apud Tacit. Lib.* 3. *Non Prætoris aut Consulis partes sustineo; maius aliquid & excelsius a principe postulatur*, Cuiac *ad d. §.* 14. Atque a magistratu discernendus, ut magistratuum omnium caussa, auctor ac veluti fons. Scip Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 26. *& Lib.* 3. *Cap.* 18. Nec ius supremæ potestatis, vel maiestas, dignitas est, sed dignitatis culmen ac principium idem *Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 18. Et sicuti stipes a quo gradus proveniunt non facit gradum, ita nec Princeps gradum dignitatis. Matth. Steph. *Lib* 2 *pag* 1. *n.* 2. *& seqq.* Eademque a iurisdictione ac imperio mero & misto diversa, vid. Ioach. Steph *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 32. *& seq.* Ac Regem a summo magistratu differre scite ostendit Cabot. 1. *Disput.* 7. Hic enim is dicitur, cui regis potestas, (vel omnis vel quædam partes, modo alium maiorem non habeat) ad tempus credita; ut Vergobretes apud Heduos annuus, Prytanes apud Rhodios, & alii quos refert. Nam qui hanc illi dedit, sibi quoque iura summæ potestatis retinuit, alias exacto tempore non posset cogi ille, ut potestate abiret. Sic Cic. 3. *de LL.* de Consulibus *Duo regio imperio sunto* &c. Qui summi magistratus utique antequam lege Valeria eorum potestas incisa. Io. Steph. *Lib.* 3. *Cap.* 3. Annui tamen, quos reges fuisse nemo dixerit. Hinc & Liv. *Lib.* 55. pro notabili habuit, quod Samothraces summum magistratum suum Regem vocent, Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 26 Sic Magistratus nemo se abdicando imperio quidquam agit, vid. *Cap. seq N. L.* At imperatori potestas est sponte ab imperio abeundi, ut exempla tum vetera Diocletiani & aliorum, tum recens Caroli V. avorum nostrorum memoria anno 1556. Septembri Sleidan *in fin. histor.* probant. Ioach. Steph. *Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 18. Matth. Steph. *Lib* 2. *P* 1. *Cap.* 1. *n.* 146. Quanquam superioritatem eam, cuius inferior non est capax, Imperator a se abdicare nequeat. Knich. v. *Ducum Sax Ca.* 1. *n.* 14. intellige, retenta scilicet dignitate Imperatoria; nec ab obedientia imperii eximere. Zoan. *de Rom. Imperio n.* 196. *& seqq.* Sicuti nec principi ditionum alienationes omnino liberæ, vid. Zoannet. *d. Tr. n.* 185. *& seqq. & de Primatu prioris geniti Cap.* 4. Hotom. 5. *Obs.* 9. *& illustr. Quæst.* 1 Thom. Michael. *Conclus. iuridica de iurisdict. imperiali Th* 14. & *seqq.* Quæ vetitæ non tam lege speciali (ea solutus esset princeps) quam generali omnium regnorum, cum ipsis regnis nata, ut Cuiacius in *Cap intellecto* 33. *de iureiur.* Diss. qui Principem a Magistratu non discernunt, Obrecht. *Cap.* 6. *n.* 39. Bocer. *Cap.* 8. *n* 53. auctor *Catalex de O. I. Lib.* 1. *Excurs.* 15. *sub fin* Picolhom. *Philosoph. mor Gradu* 10. *C.* 16. & passim vocans primum & principalem magistratum.

re de qua agitur, iurisdictio, quod ius exigit. *L. 5. D. de re iud.* In quo quæritur de officio & potestate magistratuum. Ideo & hanc partem in *Pandectis & Codice* statim initio cum de iurisdictione agitur, tractatam videmus. Sed hæc quæstio eius loci secundi est, quem proposuimus, in quo quæritur, quis sit competens iudex. Est enim is competens, cuius de re controversa iurisdictio est. Hinc quæstio, quæ cuiusque magistratus iurisdictio sit, & quanta, & an ad hanc rem pertineat. Quare in suum locum differemus. Meminerimus enim nunc tantum quærere nos, qui iurisdictionem habeant, ut his constitutis hinc gradus fiat ad id quod sequitur, ut quæratur quam quisque & quantam habeat.

C A P. VIII.

Qui habeant mandatam iurisdictionem. Hinc de iurisdictione & imperio, quid his contineatur. Quid inde mandari possit; quid mandata iurisdictione transeat.

De mandata iurisdictione quatuor esse quæstionum genera; & quæ. I.
Iurisdictionem posse mandari, sed non in alium transferri. Quod sit inter utrumque discrimen. II. III.
Iurisdictionem mandare potest dumtaxat, qui eam suo iure habet. Qui ille. IV.
Mandatur illa utiliter ei qui iudex dari potest, non alteri. V.
Mandari posse quæ competunt iure Magistratus; quæ sint talia. VI.
Exceptio. XVII.
Iurisdictio veteribus voluntaria & contentiosa; & qualis utraque: auctori alia rursus mixta, & quæ. VII.
Ad voluntariam pertinent quæ desiderant solam magistratus auctoritatem; & quomodo. Quatuor illa, & quæ. VIII. IX.
Item quæ decretum magistratus requirunt. Quomodo hæc & quæ sint. X.
Ad contentiosam actiones omnes, & quæ habent instar actionis. XI.
Item quæcunque ad iudicium pertinent. XII.
Ad mixtam tutoris datio. Exponitur L. muto 6. §. tutoris de tutel. XIII.
In universa superiore iurisdictione inesse mixtum quod vocant imperium; & quare, & quomodo. XIV.
Iurisdictionem ab imperio re ipsa distingui; sed tamen utrumque cohærere, nec esse posse unum sine altero. XV.
Quædam magis esse iurisdictionis, quam imperii: quo sensu, & quæ ista. XVI.
Manumissio, adoptio, & quæ dicitur prætoria cognitio mandari possunt. Contrariis occurritur. XVIII.
Mandari non posse merum imperium, & tutoris dationem & quare. XIX. XX. XXIV.
Merum imperium quid. Illius etymon, res ipsa deinde, atque origo ostenditur. XXI. XXII.
Mutata re nomen imperii vetus obtinuit. Hoc quare magistratui tributum. XXIII.
Quibus verbis mandari intelligatur a magistratu iurisdictio. XXV.
Quid si magistratus dare se iurisdictionem, aut iudicem dare se dicat. XXVI.
Quid vero si princeps. Quod de utraque re inter utrumque discrimen. XXVII. XXVI.
Eatenus transfertur iurisdictio, quatenus placet mandanti: quid illa universe mandata excipiatur. XXVIII.
Quatenus iurisdictionem transferri accipiendum. XXIX.
Exponitur, L. legati D. de offic. proconsul. XXX.
Quibus modis finitur mandatum, iisdem mandatam iurisdictionem desinere. XXXI.

I. SUnt, ut proposui, in iis qui iurisdictionem habent, qui habeant [1] alieno beneficio, non suo iure: atque hi sunt, qui habent ab alio [2] mandatam: Ut quis

[1]) Quos precario munere fungi, sicuti magistratus commodata, Bodin 3. *de Rep.* 2. *n.* 263. cum precarium quando libet repetere liceat, commodatum non item sed usu ac tempore finito. Qui & Curatores eos vocat etsi latius id verbi usurpet, tam de iis qui sine imperio quam qui cum eo dantur, & potissimum quibus aliquid a populo vel principe, qui statui præest, expediendum committitur &c.

[2]) Quam & extraordinariam vocant, cum extraordinarius iudex usurpetur, qui vulgo delegatus *L. 2. C. de dilat.*

quis mandatam iurisdictionem habeat, in eo natura hæc insunt quatuor ordine: Primum, ut iurisdictio mandari potuerit: Secundum, ut si potuit, sit pro ea potestate mandata. Tertium, ut mandata transierit & habeatur. Quartum, ut translata haberi perseveret: quorum si quid desit, prope me tacente apparet rem esse in ea caussa, ut iurisdictio tanquam mandata haberi non possit. Quare de mandata iurisdictione totidem sunt natura quæstiones, in quibus hic locus consumitur. Prima, an iurisdictio mandari possit. Secunda, an pro potestate sit mandata. Tertia, an mandata transferatur, atque hinc habeatur. Quarta, haberi cœpta quandiu perseveret, seu an & quomodo finiatur.

II. Prima est illa quæstio natura, an quam iurisdictionem quis habet, possit ea alii mandari & ad eum transire. Nam si iure mandari non potest, quæstio tollitur: quando qui mandat, nihil agat ut accidit in omnibus quæ contra ius fiunt; quæ pro infectis habentur. *L. non dubium, C. de legib.* Et iurisdictionem quam quis habeat, alii [3] mandari posse, constat. *L. 2. L. 4. D. de offi. eius. L. more, de iurisd.* Sed diligenter animadvertendum est, quid hic concedatur. Permittitur solum mandare iurisdictionem, non etiam in alium [4] transferre. *d. L. more, de iurisd.* & res ita habet. Nemo iurisdictionem propriam a se abdicatam in alium transferre potest neque gratis, neque pretio: nam simpliciter nemo imperium aut magistratum a se abdicando amittit. *L. pen. de offi. præf.* Et merito. Sic enim magistratus honor est, ut sit etiam administratio Reipublicæ munus in se continens: certe ab initio delatum [5] detrectare non licet. *L. cui muneris, D. de mun. & hon.* Multo igitur minus semel susceptum magistratum licet [6] deponere: facilius enim repudiatur quid rebus integris, quam semel constitutum solvitur. *L. pater, D. de his qui sunt sui vel alie. iur.* At enim magistratus, & qui præest iuri dicundo dicitur iurisdictionem propriam habere, & suo iure. *L. 4. D. de offi. eius, d. L. more, D. de iurisd.* Sic porro ius est de rebus propriis, ut quod cuiusque est, id possit transferre ad alium, nec quidquam putetur magis naturale, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Quidni igitur & iurisdictionem propriam liceat totam in alium transferre? Quia sic nostra ad alios transferre concessum est, ut non liceat omnia: excipiuntur, quæ personæ cohærent: quæ quanvis iure optimo nostra facta, tamen ad alios transferre non possumus: ut est [7] ususfructus aut usus noster, quem in alieno habemus. *§. finitur,*

lat. C. inducia 4. C. 3. Q. 3. C. quoniam contra 11. de probat. Camill. Plaut. *ad Rub. de off. eius Lib. 1. C. 6. n. 8.* Decian. *Tract. crim. Lib. 4. Cap. 25 n. 30* Menoch *a. Præs. 15. n. 11.* ubi & *n. 21.* ordinariam dici secundum ius commune, extraordinariam secundum ius speciale. Unde extraordinaria, quæ magistratui lege speciali competit, ut *infra N. 30.* Et alio sensu Obrech. *de Iurisd. C. 2. n. 6.* Extraordinariam iurisdictionem criminalem, ubi nulla lege publica definita pœna criminis. Civilem, ubi extraordinaria cognitio, licet Paurmeist. *Lib. 1. de Iurisd. C. 11. in fine.* hanc non iurisdictionis, sed iudiciorum divisionem a modo cognoscendi esse contendat; & recte. Crebrius DD, vulgo delegatam nuncupant, sicuti d-legatus iudex usurpatur in iure Canonico *tot. t. extra de off. deleg. & passim,* ut Cæs. Costa *Lib 3. var. iur. ambig. C. 1.*. ostendit, Ref Rulant. *de Commissar. P. 1. Lib. 1. C. 2. n. 11.* ubi & ea analogia dici debere delegatarium contendit, sicuti Mandatarius. Eundem commissarium non illatine vocari vult Pollet. *Lib. 3 Ca. 15* quia eadem analogia Mandatarius, depositarius, & plura verba iuris ita terminantur. Et passim Commissarius cum delegato confundi solet, Gail, *1. Obs. 35.* Sed quid differant exponit Rutger. Rulant. *d. Lib. 1. C. 2.* Quando censeatur iurisdictio ordinaria, quando mandata, vid. Menoch. *a. Præsum 15.* Et quod Lex quoque municipalis simpliciter de iurisdictione loquens comprehendat mandatam, Muscorn. *de Iurisd. n. 27. & seqq* Quoad substantiam enim eadem est cum ordinaria, licet in persona delegati sit aliena, sicuti vestis mea eadem in manu Titii quæ in mea, vid. Camill. Plautius *ad Rub. de Off. eius Lib. 1. C. 8* Etsi alii contra, vid. Io. Menoch. *ad Rub. D. h. t. n. 3.* Et Govean *ad L. 1. D. de Iurisd. n. 4* eum cui mandata est iurisdictio ius dicentis appellatione contineri negat (1) quia titulus de officio eius, cui mandata est iurisdictio, conceptus, non de officio ius dicentis. (Leve hoc. Non debuit ita concipi, ne inscriptio latior esset rebus in titulo tractatis, alias enim agendum de omni ius dicente etiam ordinarie.) (2) Quia magis is qui mandavit ius dicere videtur.

3) Idque more maiorum *d. L. 5.* id est sine lege, Govean. *ibid. n. 3.* non ea ratione insigni, sed quia ita inductum est, Duar. *ibid.* non iure magistratus, quo iuris ipsius dicendi munus iniungitur, Sc. Gentil. *Li. 1. C. 12. p. 234.* & quod per se facere id potest, alii committere non debet *L. 8. §. 17. de transact. L. 8. C. de procur.* Contra rationem itaque iuris, ea ea ratione, quod non minus retinere & adhuc ipse cognoscere censeatur. Ant. Fab. *ad L. 17. h. t.*

4) Quia conferre iurisdictionem ipsam, est facere magistratum Quod cum iure maiestatis pendeat, est solius populi vel principis, penes quem summa rerum, aut cui is concessit. Obrecht. *Disput. 6. Th. 30. & seq.* Vult. *ad L. 3. C de Iurisdict. n. 15* Et quia non est in dominio aut ditione magistratus iurisdictio iure Romano, sed principis Neque is dando iurisdictionem ea se spoliat, sed retinet iure summæ potestatis & arbitrii omnium rerum, ut Scip. Gentil *Lib. 2. de iurisd. C. 26.* Quo faciunt notata *C. præced. N. 3.*

5) *L. 9. eod.* Ac expedit Reipublicæ magistratui invitos potius quam ambientes præfici, Io. Bapt Lenc. *Obs. Polit. 20.*

6) *D. L. pen de Off. præf.* Nisi cum consensu eius qui summæ rerum præest *L. 1. §. & cum placuisset 24. de O. I.* Forcat. *Dial. 60. n. 4* Matth. Steph. *1 de Iurisd. 39. n. 3.* aperto scilicet. Nec enim illicita tantum abdicatio magistratus, si Princeps aperte prohibeat, sed etsi non aperte consentiat, Sc. Gent *2. de iurisd. 28.* ubi tractat quæ caussæ sint finiendi magistratus vel privandi iurisdictione.

7) Ita etiam Matth Steph. *Lib. 1. C. 15 n 20.* Quæ responsio omnino displicet. Nam si genuina hæc ratio, nec mandare posset iurisdictionem magistratus. Sicuti paulo post *h. C. N. 11.* eadem ratio a Donello nostro redditur cur mandata iurisdictio mandari alteri nequeat Quin imo quæ personæ cohærent, ut ususfructus, vendi ita possunt & transferri ratione commoditatis, ni ad vitam concedentis cenullat alienatio, vid *supra Lib. 10. C. 8. N. 7.* Denique non uti ususfructus est fructuarii, ita & iuris-

tur, *Inst. de usufr.* §. 1. & seq. *Inst. de usu & hab.* Atqui huius generis est magistratus & iurisdictio omnis magistratui attributa: quæ personæ cohærere ex eo intelligere possumus, quod & in magistratu eligatur prudentia, æquitas, virtus denique personæ; & iam effectum est, neminem magistratum a se abdicare posse.

III. Quod cum ita sit, diligenter videndum est, quid sit hoc mandare iurisdictionem; quod solum hic permitti diximus. Et mandare iurisdictionem eodem modo hic dicitur, quo mandare res cæteras. *L. & quia*, *D. de iurisd.* Ut ergo negotium nostrum alteri mandare, non est quidquam ad alium transferre, sed ei rem gerendam tractandamque committere, ut nihilominus res nostra maneat: *L. 2. tota*, & maxime in fin. *D. mand.* Sic mandare iurisdictionem est, iurisdictionem nostram alteri exercendam & exsequendam dare, ut iurisdictio quidem maneat [8] nostra nihilominus, usus tantum & exercitio in accipientem transferatur: ut cui mandatur iurisdictio sit is qui magistratus vicem obeat, substitutus quodammodo in magistratus locum: quem adeo vulgo [9] locumtenentem vocant. In quam sententiam illa sunt: eum qui mandatu alterius ius dicit, id est eui mandata est iurisdictio, alienam iurisdictionem exsequi. *L.* 3. *D. de off. eius*. Et, eum qui mandatam iurisdictionem suscepit eius, qui mandavit, iurisdictione uti. *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Item, eum cui mandata iurisdictio est, fungi vice & partibus eius qui mandavit, non suis Sed quid interest, utrum ita mandes alicui iurisdictionem, an in eum transferas: cum ex hoc mandato nihilominus iurisdictionem habiturus sit is, cui mandata est? Plurimum interest. Nam qui mandavit, iurisdictionem suam [10] retinet; quam ideo & revocare potest eum vult. Sed & cum is qui mandatam suscepit, eam exercet, nihilominus qui mandavit ius dicere videtur. Nam si probat id quod facit legatus, ipse facere putandus est: gessisse enim videtur qui per alium gerit. *L.* 5. §. *gessisse*, *D. de admin. tut.* Si non probat, liberum est ei mutare & revocare mandatum. Nihil horum esset, si iurisdictio in alium transferatur. Nam qui transtulisset, nihil amplius haberet, quod revocaret. Unde nec posset videri per eum qui accepisset, ius dicere: cum non posset dici probare id ius quod ab accipiente diceretur, ubi id reddi prohibere etiam si vellet, non posset. Recte igitur placet, non posse quemquam iurisdictionem suam transferre ad alium quanvis propriam: at nihilominus mandare posse, cum inter utrumque tantum intersit.

IV. Sed mandari potest iurisdictio certis conditionibus. Non enim quivis mandare potest; nec cuivis; nec quæcunque sunt in iurisdictione: ut in potestate mandandæ iurisdictionis hæc etiam tria quærenda sint; quis mandare posset, cui, & quid mandare. Non quivis iurisdictionem quam habet, mandare potest. Nam eum duo genera sint eorum, qui habent iurisdictionem: unum eorum, qui propriam; alterum eorum, qui mandatam: hoc constat eum qui mandatam habet, quisquis is erit, de quo constabit postea, eam iurisdictionem alteri mandare non posse. *L. ult. D. de offic.*

iurisdictio magistratus. Quæ propria plane alio sensu dicitur, quam res quæ in dominio, vid. *C. praced. N.* 3. Et quocunque sensu propria dicatur, non est ex. gr. Titii Prætoris, ut Titii, sed ut prætoris. Quod conspicuum est in magistratibus temporalibus ratione personarum, quæ illis funguntur, perpetuis vero ratione officiorum. Nam si annuus magistratus, ut Romanis plerique, non ideo iurisdictionis magistratui competentis proprietas annua, sed perpetua, verum officio magis inhærens quam personæ.

8) Ita Baro *ad L.* 13. *de iurisd.* non magis iurisdictionem esse eius, cui mandata est, quam actio quæ mandatur Procuratoris, & Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 4. & Sc Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 12. Non ius & possessionem a se abdicare mandantem, sed administrationem & exercitationem conferre.

9) Unde Cæsar *Lib.* 2. fiduciariam operam obtinere legatum, Hotom 3. *Obs.* 4. Cassiodor. *Lib.* 8. *Variar. Vices agentium mos est, sic subditum voluntatibus obedire, ut suos non habeant dignitates, splendent mutuo lumine, nituntur viribus alienis, & quidam imago illis videtur veritatis, quæ propria non habet iura fulgoris.* Differt tamen is qui vicem præsidis obtinere dicitur, de quo *Tit. C. de off. eius qui vic.* ab eo cui mandata est iurisdictio; quod ille ex præcepto principis vel præfecti prætorio provinciam administrat iure ordinario: qui, etsi non Præses aut Proconsul, Proconsulatum tamen obtinet *L.* 1. *de tut. dat.* vid. P. Fab. *ad L.* 70 *de R. I. pag.* 300. *& seqq.* Et ius dicit in eodem loco ac eodem tribunali, Covarruv. *pract. QQ. C.* 4. *n.* 8. Quem inter ordinarium ac delegatum velut intermedium statuit. Wesenb. *ad tit. C. de pedan. iud. n.* 32. Sic Vicarium Episcopi iurisdictionem propriam habere tradunt per *C.* 2. *extra de off. vicar.* Coras. *de Offic. ecclesiast. P.* 2. *C.* 8. *n.* 3. Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 9. (quem ordinarium & delegatum simul vocat, Menoch. 2. *Præsum.* 55.) si scilicet generaliter constitutus, non si ad unam vel alteram caussam vel in certo loco diœceseos, qui vicarius foraneus vel ruralis, ut post Marant. *P.* 4. *Dist. in litt. C.* 5. *n.* 14. Camill. Plautius *ad Rub. de of. eius Lib.* 1. *C.* 51. *n.* 19. Paurmeist. *Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 95. *& seq.* Sic Rex Romanorum perpetuus Imperii vicarius, cui Imperatore absente liberrima potestas, eademque ordinaria, vid. Thom. Michael *de iurisd. imperiali Conclus.* 29. ubi duplices notat Principum vicarios. Sc. Gentil. *C.* 9. vicariorum tria genera constituit. (1) Qui vice principis iudicant, ut Præfectus prætorio. (2) Qui magistratuum aliorum vices ita gerunt, ut iurisdictionem tamen propriam habeant, & commune illis auditorium *tit. C. de of. eius qui vic. al.* qui ex constitutione principis eam accipiunt *L.* 1. §. 4. *de Leg.* 3. Et horum, ait, alii ordinarii, alii suffecti in locum absentium defunctorumve interim substituti. Unde Prorectorem Academiæ iurisdictionem propriam habere sentit, *pag* 278. (in quo aliud videtur Bocer. *C.* 7. *n.* 9. (3) denique quibus mandata est iurisdictio. Add. Marant. *ibid.* tres species locum tenentium constituens, *Specul. aur. P.* 4. *Distinct. Iudic.* 5. *n.* 6. *&* 7.

10) Unde mandantem ius ipsum retinere patet. Quod si transferret, nihil amplius haberet cuius ut revocater, Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 11. *& n.* 14 Et sententias quoque is, cui mandatum est, nomine magistratus profert, Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 23.

offic. eiuſ. L. more. D. de iuriſ. Quomodo enim [11] transferat, quod eſt alienum? neque enim plus iuris quiſquam ad alium transferre poteſt, quam ipſe habet. *L. nemo plus, D. de reg. iur.* Iam autem effectum eſt, eum cui mandata eſt iuriſdictio, aliena iuriſdictione uti, non ſua, alienam exercere, non ſuam. *L. 1. §. 1. L. 3. D. de off. eiuſ.* Niſi quis dicat uſum iuriſdictionis illi datum: ac proinde hunc mandari poſſe. Sed hic uſus cum in facto ſit, perſonalis eſt; nihiloque magis perſonam eius qui utitur, poteſt egredi, quam cæterarum rerum alienarum uſus alicui conſtitutus, aut ea quæ in facto certæ perſonæ verſantur. *§. 1. §. item is, Inſt. de uſu & hab. §. 1. Inſt. de ſtip. ſervor.* Soli ſunt igitur, qui iuriſdictionem ſuam mandare poſſint, qui eam habent propriam & ſuo iure, puta magiſtratus, & conſtat maiores magiſtratus id potuiſſe, ut prætores Romæ, [12] proconſules, & præſides in provinciis. Prætori datum in *L. ſolet. L. prætor, ſeq. D. de iuriſd.* Proconſuli in *L. legati, D. de off. proc.* Præſidi in *L. 2. L. 4 de off. eiuſ.* Sed an cæteri quoque potuerunt minores populi Romani magiſtratus, ut fuerunt Romæ ædiles, in provinciis iuridici, procurator Cæſaris? Nam in *L. mora, D. de iuriſd.* nihil amplius ſcriptum eſt, quam eum ſolum man-

Tom. IV.

dare poſſe iuriſdictionem, qui eam ſuo iure habet, non alieno beneficio: fieri autem poteſt, ut ſoli hi mandare poſſint; neque tamen poſſint omnes. Et puto omnem magiſtratum, omnem denique qui iuriſdictionem propriam & ſuo iure habet, eodem exemplo iuriſdictionem ſuam iure Romano mandare poſſe. Nam ſuperiores mandare poſſe dicuntur, qui mandant propriam. *d. L. 4. D. de offic. eiuſ.* Ratio non patitur, ut in quibus mandandæ iuriſdictionis eadem cauſſa eſt, non idem ius his quoque tribuatur. *L. illud, D. ad leg. Aquil. L. in omnibus cauſſis id, D. de regul. iur.*

V. Sed nec cuivis poteſt mandari iuriſdictio etiam ab eo, qui maxime propriam habeat & ſuo iure. In quo eadem eſt iuriſdictionis mandandæ, quæ iudicis dandi notio. Nam & qui iudices dari poſſunt, poteſt [13] his iuriſdictio utiliter mandari: & qui non poſſunt dari iudices, his nec mandari iuriſdictionem poſſe certum eſt. De priore tamen poteſt dubitari; plus eſt enim ius dicere, quam iudicare: cum etiam ſi de re iudicanda agatur, tamen iuriſdictio de ea re coniuncta ſit cum imperio; iudicandi autem poteſtas non item, ut ſuperiore capite oſtendimus. Sed qui per ſe iure idoneus eſt, ut iudicet, nihil vetat & huic poteſtatem adiici, ut quod

Bbbb recte

11) Ita Govean. *ad L. 5. de iuriſd. n. 2.* Quomodo quod tibi proprie non datum eſt, ſed commiſſum tanquam vicario exercendum alii mandes. Nam nec uſus alias in rebus alienis conſtitutus perſonam egredi poteſt, quippe in nudo facto poſitus. Ac pernitioſum Reipublicæ iuriſdictionem ab alio ad alium in multa capita diſpergi. *L. ult. Rempub ſal. ſo.* Matth. Steph. *Lib. 1. L 16. n. 50. & ſeq.* Sic nec res commodata alteri commodari poteſt, Obrech. *C. 10. n 5.* Bocer. *C. 6. n. 20.* Ac licet mandatam habens iuriſdictionem fungatur vice mandantis: tamen id verum quatenus exſequitur mandatum *L. 5.* Mand. non vero exſequitur, ſi alii mandet, A. Fab. *ad L. 5. de iuriſd.* Et quemadmodum mandata generali adminiſtratione, non omnia tamen poteſt Procurator quæ dominus; ita & mandata iuriſdictione, Duar. *ad d. L. 5. & de iuriſd. C. 7.* Qui in 40. differentias in quibus delegati poteſtas minor quam ordinarii recenſet, Maranta *Specul. aur. P. 4. Diſt. iudic. 5.* Hinc regula DD. vulgata. Delegatum ſubdelegare non poſſe. Cuius ſeptem exceptiones proferunt, quas recenſet Paurmeiſt. *Lib. 1. C. 24. n. 20.* Sed pleraque ea communi illo errore natæ, quo delegatio iuriſdictionis, & datio iudicis confundi ſolent. Sic delegatum Principis ſubdelegare poſſe tradunt, Gail. 1 *Obſ. 97. n. 8.* Rosbach. *Proceſſ. Tit. 2. n. 29.* quia ordinario maior ſit. Quod ut indiſtincte non recipiendum ſit, vid. Bocer. *Cap. 6 n. 31.* Menoch. 2. *Præſum.* 21. P. Foller. *in Addit. ad Marant. Specul. aur. P. 4. Diſtinct. Iudic. 5. n. 27.* Camill. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib. 2. Cap* 8. Num idem in Commiſſario Cameræ imperialis, contentio eſt inter Gail. *d. Obſ. 97. n. 9.* qui affirmat, & Mynſ. 3. *Obſ.* 41. qui negat: quod notiſſimo uſu probari teſtatur Treutler. *Vol. 1. Diſp. 3. Th. 2. lit. C.* Sic delegatum ad univerſitatem cauſſarum excipiunt, quem ſubdelegare permittunt; aliquas tamen cauſſas, non omnes, Sich. *ad L. 5. C. de iudic. n. 6.* M. Steph. *d. Cap. 16. n. 72.* ubi alium delegatum, nec unum articulum cauſſæ ſubdelegare poſſe, poſt Fachin. 1. *Contr. 46.* & Vacon. 6. *Declar.* 84 *n. 1. & ſeqq.* Pluribus de ſubdelegatione, Rutger. Rulant. *de Commiſſar. P. 1. Lib. 3. Cap. 5. & 2. ſeqq.*

12) De quorum iuriſdictione conſule Forcat. *Dial. 61.* Ioach. Steph. *Lib. 3. de Iuriſd. iudæ. Græc. Rom. C. 12.* Utriuſque autem magiſtratus re ferme idem, appellatione diverſus, cum Proconſules a Senatu mitterentur ad gubernandas provincias, Præſides a Principe, Vult. *ad L. 5. C. ubi Cap ſtat. n. 2. & ad L. C. 2. ubi cau. ſiſc. n. 2.* licet differentias nonnullas agnoſcat Cuiac. 20. *Obſ. 37.* Sub Imperatoribus enim provinciæ aliæ proconſulares, quæ a Senatu regendæ mandabantur, aliæ prætoriæ, quæ a populo; aliæ præſidiales quæ a Principe. Sed Proconſulares ac Prætoriæ in unam deinde formam redactæ, Ioach. Steph. *d. C. 12. n. 1. & 2.*

13) Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 17. n. 14.* Et vel magiſtratui alii mandari poteſt, ut a prætore urbano, Prætori peregrino. Liv. *Lib. 24.* nec tantum minori, ſed etiam pari aut ſuperiori, ut *infra h. C. N. 59.* Licet enim par in parem non habeat imperium, nec dum in maiorem, volenti tamen & ſuſcipienti ſæpe mandatur, Matth. Steph. *d. C. 17. n. 3.* Sc. Gentil. *Lib. 2. Cap. 13.* Vel privato *L. ult. §. 1. h. t. L. 32. §. pen. C. de appell.* diſſ. Camill. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib. 2. Cap. 2.* ac ei quidem invito ſi iuriſdictioni mandantis ſubſit, alias volenti nec detrectanti. Maranta *Specul. aur. P. 4. Diſtinct. iudic. 5. n. 50.* Matth. Steph. *d. Cap. 17. n 8.* Qui etſi forte par ſit, vel inferior etiam honore litigantibus, æſtimandus tamen ex perſona delegantis, quam repræſentat, & tanquam illi honor et ac obedientia debetur per *C. Sane quia 11. ea. ex litteris 29. de of. deleg.* Rosbach. *Proceſſ. Tit. 5. n. 8. & ſeqq.* Iure tamen Canonum cauſſæ non facile committendæ nulla dignitate conſpicuis *Cap ſtatutum 11. pr. de reſcript. in 6.* Bocer. *Cap. 6. n. 22.* Quod probatur Scip. Gentil. *d. Cap. 13. p. 240.* & Matth. Steph. *d. Cap 17. n. 6.* quia ex auctoritate iuriſdictionis hoc eſt ne privatis ſit iuriſdictio, cum inſignibus magiſtratus, quorum magna vis & reverentia, uti non poſſint. Nec tamen, ſi poſtea amiſſa dignitate privatus effectus delegatus, minus durat commiſſio, poſt Iaſ. *in L. ſi quis C. de Inſt. & ſubſt.* Scip. Gentil. *d. Cap. 13. in fin.* Matth. Steph. *d. Cap. 17. num. 11.*

recte iudicarit, idem exsequatur, quod fit iurisdictione ei in eo iudicio tributa, & ut nunc loquimur, mandata. De posteriore dubitari non potest. Nam qui iudex etiam citra iurisdictionem dari non potest, eum palam est multo minus dari posse cum iurisdictione. Certi sunt autem, qui iudices dari non possint, de quibus dicetur postea suo ordine in iudicibus dandis. Quare & de his hoc idem dictum putemus, iis iurisdictionem mandari non posse, ut quod huc pertineat illinc debeat assumi.

VI. Ne illa quidem, quæ sunt in iurisdictione & potestate magistratus, omnia mandari possunt: ut maxime quis dederit eum qui posset mandare, & eum cui recte mandari. In quo quæ sint, ex hac divisione Papiniani statuendum est. Quædam magistratui magistratus iure competunt: quædam ei specialiter tribuuntur. Exstat divisio in *L.* 1. in princ. *D.* de off. eius. *Quæ iure magistratus competunt, mandari possunt:* nisi quid ex eo genere specialiter iure exceptum sit. Definitio nominatim posita eodem loco a Papiniano sine exceptione: sed de exceptione postea ex suis locis constabit. Iure magistratus competere dicuntur ea quæ magistratui competunt eo ipso quod magistratus est, idest, si recte ante definivimus magistratum, hoc ipso quod iuri dicundo [14] præest. Eius generis duo sunt; iurisdictio & imperium quod iurisdictioni cohæret, seu mistum. Hæc iure magistratus competere etsi ex sine atque officio magistratus superiore intelligi potest; tamen ne qua hic sit hæsitatio, sic recte colligitur. Nihil ex universa potestate magistratus mandari potest, nisi quod iure magistratus competit. *d. L.* 1. in princ. *D. de offic. eius.* Atqui iurisdictio mandari potest, & mandata iurisdictione transit una imperium quod iurisdictioni cohæret. *L.* 1. in fin. *L. ult. D. de offic. eius.* Nec præter hæc quidquam potest mandari. Sunt igitur hæc eiusmodi, & quidem sola, quæ iure magistratus competant. Quæ sint iurisdictionis, species huius generis expositæ indicabunt.

VII. Iurisdictionem veteres duplicem faciunt, voluntariam, & contentiosam. *L.* 2. *D. de off. procur.* Licet mistam vel potius intermediam adiicere, quæ in dandis tutoribus & curatoribus versatur. Voluntaria iurisdictio ex re appellata, quæ exercetur in volentes, ut fit in adoptionibus, & manumissionibus servorum, cum hæc transiguntur auctoritate magistratus. *d. L.* 2. *L.* 3. *D. de off. proc.* Geruntur enim ista & similia inter volentes, quæ & volentibus a magistratu confirmantur. Atque huic locus est in iis, quæ geruntur [15] extra iudicium magistratu auctore.

14) Quæ statim ubi quis in magistratum delectus est, ex natura officii habet, & quæ minime privatus habere potest ut merum imperium &c. ita Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap* 4. *n* 7. & *n.* 19. Matth Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 52. *n.* 29. Quæ hoc ipso quod iurisdictionem & imperium habet, seu quod magistratus est, idem *Lib.* 1. *Cap* 18. *n.* 21. propter quæ magistratus ab initio constitutus est. Constitutus vero est ut ius diceret *L.* 2. §. 13. & §. 26. *de O. I.* Obrecht. *Cap* 10. *n.* 2. quia quivis magistratus etiam minimus habet iurisdictionem suo iure, tacito intellectu, statim ubi est creatus, Bocer. *Cap* 6 *n.* 7 Sed hæc non omnino placent. In effectu enim ferme coincidunt cum interpretatione Accursii & sequacium, quasi iure magistratus competant, quæ habent quivis magistratus etiam municipales. Nam cum & hi veri sint magistratus, si expositio illa genuina, necesse est hos ipsos omnia habere, quæ iure magistratus competunt, tanquam quæ magistratum constituant, sine quibus nec esse, nec dici possit. Cui consequens erit quæcunque magistratibus municipalibus denegata, ut pleraque misti imperii, nec mandata iurisdictione generali transire, nec, nisi certis casibus absentiæ &c. specialiter mandari posse. Quæ cum falsa sint, erit & illa expositio. Quare re penitus perpensa, cum & alias mandari dicantur quæ quis iure suo habet *L.* 5. *de iurisdict.* & vi imperii sui *L.* 12 §. 1 *de iudic.* iure magistratus competere statuo, non quæ exempli gratia, Prætor, Proconsul, Præses habent eo ipso & generaliter, quod magistratus sunt. Sic quippe intelligerentur ea quæ quisque magistratus habet, seu quæ cuivis etiam infimo municipali communia. Sed quæ in specie huius vel illius officii sunt propria. Quæ Prætor habet eo ipso, quod Prætor est, Consul eo ipso quod Consul est, Præses eo ipso, quod Præses est &c. Ut ita hæc non in thesi una regula omnino includi possint, sed ex hypothesibus varient. Sic enim alia omnino sunt, quæ iure magistratus competunt Prætori Urbano, Notio & potestas inter cives Romanos utrinque: alia quæ Prætori peregrino, Notio & potestas inter peregrinos utrinque, vel cives & peregrinos: alia quæ Procuratori Cæsaris ius cognoscenti de caussis fiscalibus: alia quæ Proconsuli. Iure itaque magistratus: non ob quæ magistratus ab initio constitutus generatim: Sed propter quæ quisque magistratus initio creatus, quæ illius officio tributa, seu quibus munus illius, lege ea qua primitus constitutus est, confer. Bodin. 3. *de Rep.* 2. vel more maiorum *L.* 12. §. 1. *de iudic.* definitum. Sicuti verbi gratia Prætor, ut privata iudicet, iudicarive iubeat, atque iuris civilis custos sit, Cic. 3. *de Legib.* seu id adiuvet, suppleat, corrigat *L.* 7. §. 1. *de I. & I.* Illi igitur iure sui magistratus competit iurisdictio contentiosa, & ei cohærens mistum imperium, in caussis & inter personas quibus præest. Itemque mistum id imperium cui iurisdictio inest, quod (præter alia scilicet) in danda bonorum possessione *L.* 3 *de iurisdict.* In eius namque datione potestas prætoria iuris civilis corrigendi temperandique maxime elucet. Ant. Fab. 4. *Coniect.* 3. Henr. Suerin *Rep. Lect.* Cap. 6. At merum imperium, si cui prætori datum est, itemque tutoris datio, ac omnia quæ voluntariæ iurisdictionis, iure magistratus ab illo non habentur, quia nec ea semper nec ab initio habuit, nec necessitate sui officii haber; cum etsi illi postea speciali legis beneficio concessa non essent, pleno nihilominus Praeturæ munere fungi posset. Exempli gratia. Auctoritas in transactione alimentorum relictorum concedenda data Prætori oratione Divi Marci *L.* 8. *de Transact.* non competit illi ut prætori, quia ante Divum Marcum eam notionem non habuit, cum nec antea quæstio de hisce rebus incideret; Prætor tamen fuit. Nec ut D. Marcus Prætori aut Præsidi hoc non tribuisset, forte certo officio ad eas res destinato, quidquam illorum potestati, quam ante habuerunt, detraxisset, licet tributa prætori illa auctoritatis interponendæ facultate, nova accessione, & adventitia, ut Goveanus vocat, potestate plenius atque auctius eiusdem officium redditum: confer. *supra Cap. præced. N.* 1.

15) Extra iudicium scilicet contentiosum, vid. *supra Cap.* 3. *N.* 2. Et hæc definita ab Obrechto *Cap.* 2. *n* 2. legi-

re. Contentiosa item ex re, quæ exercetur in invitos & contendentes. Cui locus est in iudiciis. Hæc enim sunt, quæ ut redduntur in invitos. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. oblig.* Ita utriusque litigatoris contentionem & disceptationem habent de re controversa. Missum, vel ut aptius dicam, intermedium genus iurisdictionis est, quod exercetur in invitos quidem; attamen sine iudicii contentione: qualis est in tutoris datione: ubi & invitis dantur tutores: *L. necnon*, *D. de tut. & cur. dat.* & dantur inviti: quia tutela publicum munus est, quod sine iusta excusatione detrectari non potest. *Inst. de excus. tut.* in prin. *L.* 1. in prin. & §. 1. *D. de adm. tutor.* Sine iudicio tamen: eamdem ergo in curatoribus dandis licet agnoscere, ubi eodem modo inviti dantur curatores, etsi non invitis. *d. tit. de excus. tut.* in prin. §. *item inviti*, *Inst. de curat.*

VIII. Voluntaria iurisdictio posita, ut dixi, in iis quæ extra iudicium geruntur magistratu auctore, necessaria est privatis, quam ob caussam & ab his adhiberi solet, in iis quæ ut facta rata sint, magistratus auctoritatem & comprobationem iure desiderant: alioqui nullius momenti futura. Quorum duo sunt genera.

IX. Quædam solum auctoritatem & approbationem magistratus desiderant: quædam permissum caussa cognita, & uno verbo decretum magistratus. Auctoritatem solam magistratus [16] desiderant quatuor: solam quidem, quia hanc accommodat prætor petentibus sine alia caussæ cognitione: auctoritatem tamen, sine qua irritum sit, quod geritur. Hæc, inquam, quatuor; adoptio, manumissio, emancipatio, bonorum possessionis [17] agnitio. Adoptionem magistratus auctoritate fieri constat. *L.* 2. *D. de adopt. Instit. eo.* in pr. Manumittebantur & olim servi apud prætorem, & quidem sine alia cognitione: præter quam cum a minore viginti annis domino servus manumittebatur, quod fiebat, qua in specie caussam manumitten-

legitur, notio civilium & criminalium caussarum quæ cum voluntate alicuius exercetur. Ubi non dubito verba *& criminalium* aliunde irrepsisse, nec actoris esse, tum ob absurdum intellectum, quem gignunt, tum quia in eadem definitione ab illo omissa *Disput.* 7. *Th.* 109. Cæterum quod Donellus noster hanc iure magistratus competere sentit, id ut *N. praeced.* iam reprobavi, ita refellitur *N. seq.* Quin neque hæc, quod strictiori acceptione verbo iurisdictionis veniant, videtur, aut saltem prior eius species: cum omnes LL. *tit. D. & C. de iurisdict.* loquantur de contentiosa. Et in *Digestis* attingitur voluntaria potius, quam tractatur. Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisdict. n.* 1. *&* 3 Et *L.* 10. *L.* 14. *L.* 16. *& seq.* etsi hæ duæ omnem item universam iurisdictionem nominent, item *L. ult. D. de iurisdict.* ad voluntariam non spectant, ut de singulis, suis locis.

16) Quæ de plano transigi possunt, Scipio Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 20. Et hæc minimum in se potestatis habent ac consilium solum præbent, ut Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. *p.* 20. *& seqq.* Solius etenim solemnitatis ac auctoritatis gratia hic iurisdictio interponitur, nec ullius præiudicium in hisce negociis vertitur, cum fraudari utique nequeant qui consentiunt. Unde probare nequeo, quod Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 6. ideo non competere cuivis voluntariam iurisdictionem cui contentiosa, quia hic magna res versetur, caussa status, quæ maiores indices requirat. Immo nullus hic periculi metus cautionem maiorem exigit. Ac ut ipse Gentilis *Lib.* 1. *C.* 34. hæc tota constant & conficiuntur solemnitatibus iuris, vel legis, ideoque usu iuris legis actiones vocantur, cum in litium actionibus minimum fit a lege, pleraque a iurisdictione. Hinc apud magistratus dicitur esse legis actio *L.* 4. *de adopt. L.* 3. *de off. procons. L.* 1. *de off. iurisdict.* apud quos hæ solemnitates peragi poterant, quia legis auctoritas necessaria videtur in his actibus ad eorum effectum. Cum enim manumissione novus quasi civis Reipublicæ nascatur: adoptione filius, qui natura non est, iure fiat: emancipatione filius, qui natura est, iure esse desinat: ut hæc sola nudaque privatorum voluntate transigerentur priscis inconveniens visum est. Quare certis magistratibus specialiter data est legis actio, qui actus istos apud se peragi patiendo auctoritatemque accommodando legis vicem supplerent, *d. L.* 1. *de off. iurisdict. L.* 21. *de mand. vind.* Unde apparet hæc illos non iure magistratus sui habuisse, sed speciali concessione, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 17. *in fin.* Bocer. *Cap.* 1. *n* 16. nec tam datam & propriam redditam quam a lege mandatam aut delegatam. Quia nec præfectus Ægypti, cui summum imperium fuit, quique principis locum obtinebat, teste Tacito, vi sui imperii ea habuit *d. L.* 21. Equidem verbi *lege agere* significatio etiam iudicialem persecutionem & actionum institutionem complectitur, ut ex Cic. 1. *de Orat & pro Cæcinna & 3 Verrina* Valer. *Lib.* 7. *Cap.* 7. Agell. 20. *Noct.* 9. *& L.* .2. §. 6. *de O. I.* probat Briss. 4. *Antiq.* 20. Eoque modo etiam contentiosa legis actio Forcat *Dial.* 83. *n.* 2. Perrenon. 1. *Animadv. & Var. Lect.* 8. add. Ræv. *de Auct. Prud. Cap.* 2. Pollet. 3. *Hist. fori* 2. Male vero qui actus legitimos cum legis actionibus confundunt, in quibus & Anton. Fab. 1. *Iurispr. Tit* 6 *Princ.* 7. *Illat.* 14 qui tamen secum pugnat *Tit.* 10. *Ill.* 2. Qui quomodo differant, nove Lycklama 4. *Membran.* 14. Male idem Faber *d. Princ.* 4. *Ill.* 2. Manumissionem ab adoptione separat, quod illa actus hominis sit non legis, quia non lex, ait, artifex est libertatis, sed ex iure gentium est. Quod repugnat *d. L.* 2. *&* 3. *de off. procons.* 2. Sent. Pauli 25 §. 4. Datur aliquando hæc legis actio, & municipalibus, Paul. *d.* §. 4. *L. ult. C. de vind. lib.* qui eam regulariter non habent, nec proprio iure, sed ex delegatione, ut recte Rob. 1. *Animadv.* 21. etsi Cuiac. 1 *Notar. Mercatoris* 21. Lege dari illam, non mandari, qui tamen ibidem beneficio legis competere eam, non suo iure. Et lege quoque municipii, *L.* 1. *C. de Emancipat.* quæ vel ipsis data a principe vel ab iis constituta confirmata, Scip. Gentil. *Lib* 2. *Cap.* 6. *p.* 205. ubi duumviros illam habuisse contendit, *d. L.* 1. non vero defensores civitatis, quia de his nulla mentio.

17) Edictalis scilicet, non decretalis quæ ad sequentem speciem pertinet, vid. Scip Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 21. *& seq.* Est sane hæc datio misti imperii *L.* 3 *h. t.* vid. *supra C.* 6. *N.* 17. Sed eiusdem, opinor, omnia quæcunque iurisdictionis voluntariæ, quia in omnibus imperium & auctoritas eminet: atque cognitio potius, si quæ necessaria, suscipitur propter imperium, non vero imperium propter cognitionem. Nec distinguo inter dationem bonorum possessionis solemnem & agnitionem bonorum possessionis in locum illius suffectam, ut Treutler. *Vol.* 1. *Disput.* 3. *Th.* 4. *lit B.* Cæterum recensitis annumerant DD. vulgo insinuationes testamentorum ac donationum, quibus accedit Mattr. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 13. *n* 20. *& seq.* Discedit vero rectius Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 20. Quia nulla hic auctoritas & imperium versatur, non magis quam in oblatione pecuniæ in iudicio facta. Aperteque hæc separantur ab iis quæ iurisdictionis sunt, *Nov.* 15. *Cap* 3. *in fin. princ.* Quin insinuationes illas coram quocunque iudice, etiam non superiore, fieri posse plures statuunt, quos refert idem Steph. *Lib* 1 *Cap.* 33. *n.* 50. etsi contra Vaud. 1. *Q.* 11. Coler *de Process. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 9. *per L.* 30. *L.* 32. *C. de Donat.*

di approbare consilio oportuit: eoque species ad permissum magistratus pertinet, de quo mox. Et nunc etiam, non olim tantum apud magistratum liberi emancipantur. §. *praeterea*, *Inst. quib. mod. ius patr. pot. sol.* Unde & hæc tria eodem in loco voluntariæ iurisdictioni subiici legimus. *d. L.* 2. *D. de offic. procons.* Agnitione quoque bonorum possessio acquiritur; sed apud prætorem olim, dum is agnoscentem petentemque se ad bonorum possessionem admitti, prætor admittebat: in quæ verba conceptus est ille Titulus. *C. qui admitti ad bonorum possessionem possint.* Id faciebat prætor, cum se dicebat petenti & agnoscenti bonorum possessionem dare. Hinc dare bonorum possessionem dictum pertinere ad officium ius dicentis, idest esse iurisdictionis. *L.* 1. *D. de iurisd.* Quod quidem ad hoc genus iurisdictionis voluntariæ pertinere manifestum est: cum ipsa agnitio bonorum possessionis statim datione prætoris, idest auctoritate ad eam rem comparata confirmaretur. Sed eo magis hodie huc pertinet, quod hodie illa datione magistratus in agnoscenda bonorum possessione opus non est, sed sufficit apud quemlibet magistratum agnoscere. *L. ult. C. qui adm. ad bon. pos.* Recte vero dicitur magistratus in his quatuor ius dicere, cum istam auctoritatem qua nobis ad eas res opus est, interponit, meritoque tota hæc auctoritas & approbatio magistratus dicitur esse iurisdictionis: quoniam eum præsentia sua & verbis ista probat magistratus, dicit hæc ita iure facere licere; quod nihil aliud est, quam dicere quod ius est. In quo simul petentibus hoc ipsum ius reddit, dum ista probat & rata habet, ut eum facere ius iubet.

X. Permissum magistratus [18] caussa cognita, seu magistratus decretum tria desiderant; transactio de alimentis testamento relictis: prædiorum minoris alienatio, manumissio servi quem dominus minor viginti annis, aut ut nunc, decem & septem annis minor, manumittit. Transigere de alimentis futuris testamento relictis non licet, nisi auctore prætore & caussa cognita transactionem promittente. *L. cum hi*, in pr. §. *vult igitur*, *D. de transf. L. de alimentis*, *C. eod.* Nec prædia minorum aliter alienari possunt, quam si prætor ex caussa fieri debere cognoverit, & re cognita permiserit. *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tut.* Eandem caussæ cognitionem & prætoris permissum desiderat servi manumissio, quem dominus minor manumittat: de quo scriptum est in §. *eadem*, & §. *ult. Inst. quib. ex caus. manu. non lic.* & hæc cum permittet magistratus, ius dicere dicitur, estque omnis cognitio & permissus iurisdictionis: sic vocatur in *L. cum hi*, §. *si prætor*, in fin. *D. de transf. L.* 1. *D. de offic. eius.* Et recte idque multo certiore ratione, quam cum interponitur sola auctoritas in specie superiore. Nam in istis tribus non solum id dicit magistratus quod ius est, dum ea iure fieri licere pronuntiat, sed etiam adhibet caussæ cognitionem; quæ propius ad iurisdictionem accedit: cum quod fit caussa cognita, fiat certo iudicio; iudicare autem ita dictum sit auctore Varrone quasi ius dicere. Quod si in his permittendis iurisdictio inest, satis per se intelligitur, ut in volentes est, ita esse voluntariam.

XI. Contentiosa iurisdictio, cui in iudiciis locum esse diximus, versatur in iudiciis pecuniariis & civilibus, non in criminibus coercendis; quorum exsecutio imperii mera esse dicitur, non iurisdictionis, pertinetque ad posterius genus a nobis propositum, in quo inesse ea diximus, quæ specialiter tribuuntur. Ad hanc ergo iurisdictionem pertinent actiones omnes, quæque verbo actionis continentur, qualia commemorantur in *L. actionis*, *D. de obl. & act.* sed & quæ actionis instar habere *ibidem* dicuntur, prætoriæ stipulationes; ut damni infecti, legatorum servandorum caussa, & similes: quo ex genere solet prætor petentibus iis ad quos ea res pertinet iubere adversarium cavere; & nisi caveatur, actorem in possessionem bonorum eius unde petitur mittere. Unde & hoc iubere caveri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere dicitur esse iurisdictionis in *L. iubere*, *D. de iurisd.* Nam quod illic scriptum est id imperii magis esse, quam iurisdictionis, hoc ipso iurisdictionis esse confirmat, etsi in eo plus imperii esse videtur. Et est sane in eo iurisdictio contentiosa, qualis esse solet in iudi-

18) Ita & Sc. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 19. qui & *C.* 18. reprehendit Cuiacium in *Nov.* 95. differentiam hanc contentiosæ & voluntariæ tradentem, quod illa tribunal exigat: hæc de plano exerceri possit. Videtur autem Cuiacius voluntariam iurisdictionem ad illos tantum actus prioris speciei restringere. Verum transactiones alimentorum ad eandem pertinere probat Gentilis ex *d. L.* 8. *pr.* verbis: *inter consentientes arbitrari*. Enimvero prior illa magis voluntaria videtur, ubi nuda voluntas adeuntium sufficit ad impetrandam auctoritatem magistratus, semperque quod petunt obtinent. Vid. Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 5. *Princip.* 4. In hisce vero etsi nulla lis sit inter duos actorem & reum, tamen caussæ cognitio arguit veluti quandam contentionem, aut saltem quæstionem dubiam expediendam, an nimirum quod petitur, fieri oporteat vel expediat.

iudiciis exercendis. Nam & in persecutione harum stipulationum inest actio: proinde & iudicium; quoniam omnis actio nihil est, nisi ius persequendi iudicio. *L. nihil*, *D. de obligat.* & *act. Inst. de act.* in pr.

XII. Ad eamdem iurisdictionem referri debent, quæcunque iudicii sunt, & quæ ad iudicium exercendum pertinent. Ideo & iudices dare quos rei cognoscendæ & iudicio exercendo dari constat. Unde & hoc iudices dare dicitur pertinere ad officium ius dicentis, in *L. 1. D. de iurisd.* & eodem sensu iudicis dandi licentia esse iurisdictio. *L. 3. D. eod.*

XIII. Mistam seu potius intermediam [19] iurisdictionem versari diximus in tutoris datione. Et si tutoris datio iurisdictionis est, effectum est vere medium quoddam genus esse iurisdictionis, quod neque pendet ex voluntate eorum inter quos agitur, neque rursum iudicii contentionem in se habet. Sed an est iurisdictionis? Negare enim videtur Ulpianus, cuius hæc verba sunt in *L. mutuo*, *§. tutoris*, D. de tut. *tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum, vel princeps*. Verum idem in *L. 1. D. de iurisd.* ad officium ius dicentis refert, pupillis non habentibus tutores constituere, & quidem similiter, ut dare bonorum possessionem, ut iudices litigantibus dare. Quæ ad officium ius dicentis pertinent, eo pertinent, quia in his ius dicitur. Ergo & in tutoribus dandis hoc sentit ius dici, seu iurisdictionem inesse. Sed & hoc comparat cum potestate dandæ bonorum possessionis, & dandorum iudicum. Atqui constat hæc duo esse iurisdictionis. Erit igitur & illud, tutores pupillis constituere. Quidni vero & hic prætor ius dicere intelligatur, eum dat tutorem? Nam & hoc modo petentibus ius reddit, dum pro eo ac leges iubent, dat pupillo eum, a quo pupillus regatur; & tutori ipsi quem constituit, denuntiat ita ius esse, ut constitutus tutelam gerere debeat. Quid est ergo, quod alibi idem Ulpianus scribit, tutoris dationem neque imperii esse, neque iurisdictionis? Hoc voluit, non esse imperii aut iurisdictionis ad hoc, ut propter imperium, aut iurisdictionem quam quis habet, tutorem dare posse intelligatur. Et ita est: si quis dare potest, non ob eam caussam potest, quia priora illa aut alterum eorum habeat. Argumento est, quod & pater homo privatus tutores liberis suis testamento dare potest. *§. permissum*, *Inst. de tut.* In quo iurisdictionem aut imperium inesse nemo dixerit. Sed solus is potest dare, inquit Ulpianus, cui lex nominatim hoc dedit. Intelligamus iam igitur ista Ulpiani hoc modo conciliari. Nondum concessa cuiquam nominatim potestate constituendi tutores, non est hæc potestas iurisdictionis aut imperii, ut propter iurisdictionem aut imperium, quod quis habet, etiam ius dandi tutores sequatur. At semel hac potestate magistratui alicui data, ut possit tutores dare, non est quod dubitemus in eo qui pro potestate magistratus id faciat, potestatem hanc esse [20] iurisdictionis, postquam tutores dando ita ius dicat, reddatque petentibus, ut ante exposuimus. Nam & merum imperium, quod ab initio nullo modo fuit iurisdictionis; de quo paulo post, postquam prætori & præsidibus attributum est, cœpit ad iurisdictionem magistratus pertinere: unde & eo mandato dicitur iurisdictio mandari in *L. 1.* in princip. *D. de offic. eius.*

XIV. Inest ergo in his omnibus a magistratu exercendi iurisdictio. Atque ut iurisdictio, ita & imperium iurisdictioni [21] adiunctum, quod mistum appellamus. Res inter se ita coniunctæ, ut una sine altera esse non possit. Unde ut imperium iurisdictioni inesse, iurisdictioni cohærere dicitur. *L. 1.* in fin. *D. de offic. eius.* ita & vice versa iurisdictio [22] inesse imperio.

19) Sed hanc reprobant Sc. Gentil. *Lib. 1. Cap.* 18. Matth. Steph. *Lib. 1. Cap.* 13. *n.* 2. *&* 3. uti & mediam, quam statuit Hopper. *Lib. 3. de Iur. Art. Cap.* 5.

20) Pac. 5. Q. 69. respondet ad *d. L. 1.* officium ius dicendi latius patere, & multa ad id pertinere, quæ iurisdictionis non sunt, ut *L. 6. §. ult. L. 7. de offic. Proconf. L. 15. de off. præf.*

21) At Accursianis plerisque persuasum est caussas misti imperii delegari non posse. P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 8. Quos satis refellunt Obrecht. *Cap.* 10. *n.* 12. *& seq.* Mulcorn. *n.* 172. *& seqq.* Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 24. *& seq.* Bocer. *Cap.* 6. *n.* 11. *& seqq.* Matth. Steph. *Lib. 1. Cap* 18. *n.* 85. *& seqq.* Bronch. 1. *Ass.* 18. Et omnia misti imperii mandari posse Duarenus *hoc titulo Cap.* 7. *& ad L. 5. hoc tit.* & Bocer. *d. lo.* mandari posse utrumque imperium, tum quod cohæret, tum cui inest iurisdictio. Intellige tamen ita, modo iure magistratus competat.

22) Hæc igitur pro iisdem habet noster, ut & Ant. Fab. 4. *Conject.* 3 commentitiam duplicis imperii misti distinctionem appellans. Sed rectissime, opinor, docent Menoch. *Arb.* Q. 74. *n.* 20. *& seq.* Bocer. *C.* 4. *n.* 18. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Ducum Sax Cap* 5. *n.* 51. *& seqq.* aliud esse mistum imperium quod iurisdictioni cohæret *L. 1. §. 1. de off. eius*, quod videlicet in exsequenda cognitione positum, & non merum vocatur *L. ult. de off. eius*. Ubi iurisdictio primaria ac imperium non principaliter, nec propter se, sed caussa iurisdictionis explicandæ ac ad effectum perducendæ exercetur, eique motæ subservit. Aliud cui iurisdictio inest *L. 3. h. t.* (supine loquuntur Menochius & Knichius dum dicunt quod iurisdictioni inest. Nusquam enim dicitur iurisdictioni inesse, in quo & errat hic Donellus noster. Et si quod inesset iurisdictioni, non diversum foret ab eo quod illi cohærere dicitur.) Ubi imperium eminet, ipsique ceu principali iurisdictio tanquam accessorium inest, ac per se pote-

perio. *L. 3. D. de iurisdict.* Quæ summam harum rerum coniunctionem, & velut misturam declarant. Sed quia iurisdictio natura prior est, quam imperio adiuncto confirmari oportet, ideo magis imperium iurisdictioni accedere, eique cohærere, & misceri videtur. Qua ratione mistum hoc imperium dicitur, non item [23] mista iurisdictio *d. L. 3. D. de iurisd.* quanquam mistam iurisdictionem dici nihil vetaret: sed docendi caussa obiter usus obtinuit. Inest ergo, ut dixi, in universa iurisdictione superiore imperium adiunctum, cohærens, mistum iurisdictioni. Id ita esse certo statuemus, si cognita vi verbi, hanc ipsam in superioribus generibus iurisdictionis omnibus inesse reperiemus. Didicimus imperium dici in iis qui pro potestate iubere quid possunt: & potestatem eo demonstrari, si quis quod imperat, ratum dare possit. Hoc sensu & nostri in iurisdictione & potestate magistratus imperium appellant. Est igitur nostris hoc imperium [24] iubendi imperandive potestas, efficiendique ut ratum sit quod iusseris. Hoc genus imperii omni parti iurisdictionis adiunctum & admistum esse, ex supra scriptis generibus cognoscamus. Quæ auctoritatem solam magistratus desiderant, in his banc ipsam auctoritatis interpositionem iurisdictionem habere diximus, licet voluntariam, & cum magistratus interponit, ibi etiam illum ius dicere: cuius generis sunt adoptio, manumissio, emancipatio. *L. 2. de offic. procons.* Inest & in hac auctoritate interponenda magistratus imperium, quod dixi. Ut enim magistratus ea probans; dicit hæc facere ius esse, quod est iurisdictionis: ita simul pro potestate atque auctoritate sibi tributa rata ea esse iubet; atque adeo rata habentur. Hoc autem imperii. Licet idem agnoscere in iis, quæ decretum magistratus requirunt, ut transactione de alimentis, prædiorum minoris alienatione, manumissione servi, quem minor manumittit vindicta. Nam & hæc cum magistratus permittit caussa cognita, maxime præstat utrumque illud superius, dum & ea facere ius esse dicit, & simul cum facta erunt, rata esse iubet, atque etiam efficit: quorum prius iurisdictionis est, posterius imperii. In contentiosa iurisdictione, quæ posita est in iudiciis, & iis quæ iudicii instar obtinent, satis supra a nobis demonstratum est nullam esse hanc iurisdictionem sine modica coercitione, seu sine exsequendi iussus & sententiæ potestate. Hanc autem potestatem dici imperium quod non est merum, idest, mistum: sic enim loquitur Paulus in *L. ultim. D. de offic. eius.* & interpretatur Ulpianus in *L. 3. de iurisdict.* Quod si in superioribus generibus ea vis & potestas, qua fit, ut quæ illic iubentur, rata sint, imperium est: necesse est & in tutoris datione misto genere iurisdictionis idem imperium intelligi; cum ita iubeatur quis esse tutor a magistratu, ut simul iure fiat tutor, & si cesset postea tutelam gerere, cessit periculo suo. *L. 1. D. de adm. tut.*

XV. Ex his perspici potest neque iurisdictionem esse imperium, neque imperium esse iurisdictionem, adeo ut nominibus distincta sunt a veteribus, ita & re inter se diversa esse. Neque enim natura eadem esse possunt, quod continet, & quod continetur; quod cohæret, & id cui adiungitur. At talia sunt veteribus, iurisdictio, & imperium. Iurisdictio continet imperium: vel iurisdictioni imperium adiungitur, & cohæret: aut contra dicitur iurisdictio inesse & contineri impe-

potestas imperii exercetur, quod consistit in danda bonorum possessione, iubendo caveri, mittendo in possessionem, restituendo in integrum &c. *L. 3 & 4. h. t. L. 26. ad Munic p.* Conveniunt in effectu Baru *in L. ult. de off. eius*, qui mistum imperium aliud esse absolute (intellige cui iurisdictio inest,) aliud iurisdictionis subsidium magis, quod & vel minimis magistratibus, id est, duumviris, cumpetit. Et Muscorn. *de iurisdict. n.* 143. Si plus imperii sit, mistum imperium esse docens, cui iurisdictio inest. Sin plus iurisdictionis, mistam iurisdictionem, cui imperium cohæret. Illud maiorum magistratuum. Hoc etiam minorum, uti sunt municipales, Bocer. *d. Cap.* 4. *n.* 33. (vid. *supra Cap. praced. N.* 17.) ubi duos hos gradus misti imperii statuit, reprobatis *n.* 20. *& seqq.* 6. gradibus Bartoli & DD. vulgo, de quibus & Muscorn. *n.* 152. *& seqq* Obrecht. *Cap.* 12. *n* 25. *& seqq. & Disput* 7. *n.* 268. *& seqq.* Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 20. *& seqq.* Aliter Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 9 *n* 8. *&* 9. mistum imperium *d. L.* 3. & non merum *L. ult. de off. eius*, ita distinguens, ut illud velit partem esse iurisdictionis in explicanda & exsequenda notione. Cuius duo membra constituit: Explicativum & exsecutivum; & quæ pertineant ad utrumque, explicat *Lib.* 1. *Cap.* 27. *n.* 38. *& seq.* Hoc vero, non merum nempe, iurisdictioni cohæreus, partem iurisdictionis, quæ in leviorum delictorum coercitione, unde dicatur modica coercitio. Non vero quis absurdi arguat quod imperium illud, cui iurisdictio inesse dicitur, partem iurisdictionis, tanquam continens, possit esse pars contenti, iurisdictionem in verbis illis accipit pro nuda notione, quod reprobavi *supra Cap.* 6. *N.* 15. Et si modica coercitio est animadversio leviorum criminum, quomodo sine ea nulla, id est inanis, dicitur iurisdictio *d. L. ult.* Quæ verba plane evincunt coercitionem iudicatum facere recusantium, seu quæ in exsequendo iudicato, denotari.

23) Aliter Obrecht. Quia ut in mistura utilis & honesti eminet honestum, ita in iurisdictionis & imperii mistura imperium, *de iurisdict. Cap.* 3. *n.* 22. *& Disput.* 7. *Th.* 222. Quæ ratio imperio, cui iurisdictio inest, soli convenit. Quanquam nec alterum mistum vocari legamus, sed non merum *L. ult. de off. eius*, & Muscorn. vocat mistam iurisdictionem, vid. *supra N.* 22. Aliter Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 5. Mistum imperium dici, quia est aliquod merum. Mista iurisdictio non item, quia nulla mera. Civilium caussarum cognitio speciale habet nomen iurisdictionis. Criminalium cum non haberet: merum imperium dictum, cui mistum opponitur.

24) Vide, & si lubet huc transfer *not. supra Cap.* 6. *N.* 9.

imperio. *L.* 1. in fin. *L. ultim. D. de off. L.* 3. *D. de iurisd.* Non ergo possunt hæc esse eadem. Sed & illud constat, aliud esse quod exsequimur, aliud eius rei executionem, vel eius exsequendæ potestatem. Atqui ius quod diximus est id quod exsequimur; imperium autem exsequendi potestas, ut appareat omnibus modis hæc [25] re ipsa inter se distare. Sed ut re distincta sunt; ita ex superioribus quoque intelligi potest, ita esse hæc duo inter se coniuncta, ut separari non possint. Iam enim dixi neque iurisdictionem esse sine imperio, neque imperium mistum sine iurisdictione. Quod quidem necesse fuit ita constitui. Frustra enim quisquam dicat ius, seu id quod ius est, nisi pro potestate id faciat: neque potest hæc potestas intelligi, nisi ratum efficiat quod dixerit. Atque hanc potestatem imperium vocamus. Eo necessario quodam vinculo sunt hæc inter se coniuncta, iurisdictio & imperium. Unde rursum factum est, ut unius verbo in usu iuris alterum intelligatur. Nam & mandata iurisdictione dicitur [26] mandari imperium. *L.* 1. in fin. *L. ultim. D. de offic. eius.* Et mandato imperio iurisdictio mandata. *L.* 3. *D. de iurisdict.* Sed & Papinianus in *L.* 1. in princip. *de offic. eius.* dixit præsidem mandare iurisdictionem, cum intelligeret eum, qui mandaret iudicii publici exercitionem, id est merum imperium. Non hæc, inquam, utique quia imperium sit iurisdictio, aut iurisdictio imperium; sed quia ut sunt hæc coniuncta, necesse est uno posito statui & alterum.

XVI. Quæ cum ita sint, apparet quæcunque sunt ex superioribus, quæ magistratus pro potestate facit, omnia esse [27] & iurisdictionis, & imperii. Nec quidquam mutat, quod quædam ex his dicuntur esse magis iurisdictionis, quam imperii: quædam imperii magis, quam iurisdictionis. *L.* 4. *D. de iurisdict.* Nam vel hoc ipso maxime declaratur utrumque

25) Baro *in L. ult. de off. eius*, mistum imperium a iurisdictione separari intellectu magis quam re. Et Obrecht. *Cap.* 12. *n.* 23. intellectu tantum secerni. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 3. si res consideremus, ait, & materiam, nihil differunt. Quæ enim caussa iurisdictionis eadem & imperii misti. Sin vim & naturam cuiusque, differunt, quod iurisdictio ius cognoscendi & statuendi, imperium potestas tuendi & exsequendi. Qui & in *L.* 3. *h. t.* duos tantum terminos esse, non tres, quod imperium mistum ac iurisdictio vere diversa non sint, statuit cum Cuiac. 21. *Obs.* 30. vid. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 2. 3. 4. *&* 24. Verum Ant. Fab. 4. *Coniect.* 3. *&* *ad L.* 1. *h. tit.* Qui hæc confundunt, nihil in hoc tractatu intelligere posse. Planeque tenendum est, non tantum re ipsa hæc differre, quod & Donellus noster vult, & probant Suetin. *Rep. Lect.* C. 6. & Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 35. *& seqq.* Nam quod rei inest vel cohæret, aliud ab eo cui inest vel cohæret. Sic pacta insunt contractibus, accidentia substantiis, servitutes prædiis. Sic anima & corpus in vivente coniuncta. Aquæ haustu concesso etiam iter una venit, & ex eadem ratione, qua imperium transit cum iurisdictione, quia scilicet sine hoc ille inanis. Nec propterea idem & unum. Quod si non differrent hæc, nec diceretur in *L.* 6. § 2. *de tutel.* tutelæ datio nec imperii nec iurisdictionis esse, sed alterutrum posuisse sufficeret. Quin si quædam magis imperii, *L.* 4. *h. tit.* etsi largiremur *magis* ibi notam comparationis esse, adhuc distinctio appareret, cum eiusdem ad idem comparatio institui nequeat. Enim vero ipsa substantia & forma hæc diversa. Et aliud est ius dicere; quod cognitionis: aliud imperare, quod iussionis, potestatis, coercitionis. Wesenb. *ad h. t. C. n.* 6. Bocer. *Cap.* 3. *n.* 21. Nec duo termini in *d. L.* 3. *hoc tit.* sed tres, Matth. Steph. *d. Cap.* 5. *n.* 35. Sed & actus utriusque diversi sunt, in quo noster diss. vid. *infra N.* 27.

26) Generali vero mandato transit imperium mistum cohærens iurisdictioni, quia sine illo explicari nequit *L.* 1. *h. t.* non vero imperium, cui iurisdictio inest, quod cum principaliter consideretur, specialiter mandandum est *L.* 4. §. 1. *de off. eius*, nec ex generali mandato transit, nisi favor caussæ id suadeat *d. L.* 4. *pr.* Menoch. *Arb. Q.* 74. *n.* 21. add. Suetin. *Rep. Lect. Cap.* 6. Principale enim accessorium secum trahit, non contra, vid. *supra N.* 22. Et convenit Baro *de iurisdict. pag.* 5. docens alia iurisdictione universa mandata transferri, ut quæ ad iurisdictionem stricte sumptam, quæ in diiudicatione litium pertinent; alia non transire, sed nominatim mandari posse; alia nec generali mandato transire, nec speciali &c. Quanquam forte & distinguendum inter mandatam generalem iurisdictionem, & omnem seu universam, ut hæc plus aliquanto tribuat delegato, cum hæc verba totum ius dicentis officium complecti videantur, per *L.* 1. §. 4. *de susp. tut.* Ergo per *L.* 1. *h. t.* Enim vero etsi universa iurisdictione mandata totum officium iuris dicendi transeat *d. L.* 1. §. 4. non tamen totum officium mandantis. Non equidem id quod in iure dicendo non occupatum. Plures enim magistratus, quibus sane omnibus aliqua iurisdictio, sed non in illa totum officium consistit, vid. *Cap. praeced. N.* 7.

27) Ita Cuiac. 21. *Obs.* 30. nihil quidquam vindicari imperio misto, quod non debeat quoque vindicari iurisdictione, & contra Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *in fin.* & Obrecht. *Cap.* 2. *n.* 16. ac alii. Contra rectius docent, Vult. 1. *Iurispr.* 12. *n.* 4. Anton. Fab. 4. *Coniect.* 3. Bocer. *Cap.* 2. *n.* 35. ceu Paradoxon illud reprobans. Nam coercere contumacem solius imperii est, non iurisdictionis. Cognoscere an sit contumax solius iurisdictionis: iubere caveri, mittere in possessionem solius imperii, sed de eo cognoscere solius iurisdictionis. Et recte Treutler. *Vol.* 1. *Disput.* 3. *Th.* 3. *lit. B.* distincta esse imperium & iurisdictionem ratione actuum diversorum, etsi non ratione personæ exercentis. Quamvis itaque nec imperium sine cognitione prævia exerceri possit, *L.* 1. *C. de exsec. rei iudic.* nec cognitionis sine potestate exsequendi ulla vis sit, utriusque tamen actus vere distincti ac diversi, & neque dum imperat magistratus, ius dicit speciali acceptione, neque dum cognoscit, ullo sensu imperat. Equidem quæ imperii sunt, iurisdictionis dici possunt *L.* 1. *de dam. inf.* iunct. *L.* 4. *h. t.* latiori scilicet significatu Duar. *ad d. L.* 4. quatenus nempe iurisdictio genus imperii, vid. *Cap. praeced. N.* 1. Quippe magistratus eo ipso quod decernit, imperat, iubet, ius dicit, etiam cum inique decernit *L. pen. de I. & I.* Non vero contra, quæ iurisdictionis in specie dictæ sunt, imperii æque dici possunt, cum non item imperium genus sit iurisdictionis. Nec certe dum magistratus quæ illius iurisdictionis sunt expedit, caussam cognoscendo, testes audiendo, actionem, iudicium dando &c. nullo modo imperat. Neque enim ullum in his actibus iussum vel mcotis cogitatione assequi possum. Ex dictis apparere potest quid statuendum de iurisdictione simplici, quam alii specialem, alii meram & nudam vocant. Est nimirum omnino iurisdictio simplex ac nuda, si in se consideretur ac in abstracto, quomodo differt a notione nuda, quod illa iure magistratus & officii habetur, hæc ab alio, magistratus videlicet caussam delegante, accepta. Sed si in concreto, ut a magistratu habetur, nulla simplex, quia nullus omnino magistratus, qui omni imperio careat, cuius vi iurisdictionem suam ad effectum perducat *L. ult. de off. eius L.* 2. *de iurisdict.* d. ff. Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 1. 2. *&* 3. Val. Guil. Forst. *Disput. Pandect.* 3. *Th.* 4. vid. *not. Cap. praeced. N.* 17. Quanquam nihil prohibere nominatim simplicem iurisdictionem sine imperio, mandari, vult Pallad. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 4.

que esse & imperii & iurisdictionis, etsi in quibusdam [28] unum magis eminet, in aliis minus. Sic autem dicuntur quædam esse, non quod ad mandandam iurisdictionem quidquam intersit, cum mandata iurisdictione aut pariter omnia transeant, aut pariter non transeant: sed quia ita ius est de magistratibus municipalibus, ut hi ea facere non possint, quæ magis imperii sunt, quam iurisdictionis. *L. ea quæ, D. ad municip.* Unde quæsitum, quænam ea essent. Sunt autem ea, in quibus magis eminet potestas & auctoritas imperii. Cuius generis duo sunt, quæ ideo denegantur magistratibus municipalibus in *d. L. ea quæ*, §. 1. *ad municip.* in integrum restituere, & iubere cavere prætoria stipulatione; ac iusso cessante, in possessionem bonorum eius adversarium [29] mittere: quod posterius etiam positum est in *d. L.* 4. *D. de iurisd.* In restitutione in integrum potestas illa magis eminet, quia restitutione rescinditur ius civile: cuius generis potestatem in magistratu magnam & præcipuam esse oportet. In prætoriis stipulationibus iubendis nihil se ostendit, nisi iussus prætoris, & huius iussus execution, puta in possessionem missio: quorum utrumque imperii esse manifestum est. Præter hæc, quæ magis dicantur imperii quam iurisdictionis, ut ea denegentur magistratibus municipalibus, nihil facile occurrit. Nam ius dandi tutores etiam his magistratibus datum est. *L.* 3. *D. de tut. & cur.* Quod ad ius bonorum possessionis dandæ attinet, fortasse olim dici potuit imperii esse magis, quam iurisdictionis; quanquam de eo nihil certi traditum legimus. Nunc quidem certe non est huiusmodi ex *L. ult. C. qui adm. ad bon. possess. poss.* qua placuit etiam apud Duumviros, quos constat fuisse magistratus municipales, bonorum possessionem recte agnosci posse.

XVII. Sunt igitur ista, quæ ut iurisdictionis sunt, & imperii: ita nunc quidem iure magistratus competere dicimus: de quo genere illa Papiniani definitio est, quam supra posuimus, quæ iure magistratus competunt, mandari posse. *L.* 1. in princ. *D. de offic. eius.* Generalis hæc definitio est, sed quam ita accipi oportet, nisi quid ex hoc genere lege [30] excipiatur, ut in omni regula & definitione iuris accidit. Exceptæ vero hic caussæ quatuor, in quibus iurisdictionem suam magistratum mandare non posse placet: trans-

28) Ita plures verbum *magis* non *διαιρετικῶς* positum esse, sed *συγκριτικῶς* comparative, non elective. Ac caussas alias graviores esse, in quibus magis elucet imperium, quæ nec omnibus magistratibus commissæ, alias in quibus magis appareat iurisdictio occultato quasi imperio, Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 8. Govean. *ad d. L.* 4. *n.* 1. *&* 2. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *& Cap.* 24. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 5. *n.* 37. *& n.* 52. Obrecht. *Cap.* 12. *n.* 22. *& Disput.* 7. *Th.* 363. Bocer. *Cap.* 4. *n.* 19. Magis apparere iurisdictionem volunt Obrecht. *d. lo.* & Cabot. *d. Cap.* 8. ubi de plano cognoscitur vel voluntaria iurisdictio exercetur. Sed imo in voluntaria iurisdictione auctoritas magistratus magis, quam cognitio, quæ sæpe exigua conspicitur. Peius Govean. *d. n.* 1. *&* 2. maiorem potestatis vim eminere in his, quæ sine caussæ cognitione constituit prætor, quæ magis pro imperio statuere videtur, quam ubi caussa cognita. Quasi vero cautio damni infecti, sine ulla caussæ cognitione interponi iubeatur, restitutioque in integrum concedatur, quod falsissimum. Idem *n.* 6. *& seqq.* Iurisdictionis partem aliam imperiosam magis esse, quæ & iniquum aliquando decernat, ut cum demoliri iubet prætor, iure forte exstructum, in novi operis nunciatione. Aliam iuridicam quæ semper quod æquum est caussa cognita statuat. Quas distinctiones inutiles, & Iurisconsultis indignas vocat Charond. *de iurisdict. n.* 20. Verius puto hæc magis imperii dici, non quod sint etiam iurisdictionis simplicis, sed in specie dictæ contra notata *Cap. præced.* sed quod sint eius imperii, cui iurisdictio inest, ubi notio propter iussum suscipitur, non vero eius quod iurisdictioni cohæret, quo extrum illa habere possit, vid. *supra N.* 22.

29) Obstat *L.* 4. §. 3. *de damn. inf.* vid. *Lib.* 15. *Cap* 47. *n.* 31. add. Pac. 6. *Q.* 76. Gœd. *ad L.* 18. *de V. S. n.* 21. qui vult nudum ministerium exercere municipales mittendo in possessionem, ut & fere Charond. *de iurisdict. n.* 28. aliter Govean. *ad L.* 4. *h. t. n.* 17. *& seqq.* quem laudat Menuch. *Arb. Q.* 74. *n.* 25.

30) Sed non est hæc exceptio de regula. Regula enim est mandari quæ magistratus iure habentur. At verius est quæ sequuntur, ideo non mandari, quia omnia specialiter tribuuntur, nec iure magistratus competunt, Duar. *it.* 1. *Cap.* 5. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 15. *& Cap.* 17. (ubi & hisce accenset alienationem prædiorum Curialium, de qua *Lib.* 10. *C. tit.* 33. *Nov.* 38. *per L.* 2. *C. de off. eius qui vic.* non item dotalium, quia eorum alienatio abscisse & districte vetita, Cuiac. 7. *Obs.* 23.) Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 11. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *& Cap* 18. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 10. *n.* 50. ut probant verba ipsa LL. a Donello nostro citatarum. Et facit vocula *Quæcunque* in *L.* 1. *princ. de off. eius.* Atque hæc a iurisdictione & imperio secernit Saerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 8. Et adventitiam ius dicentis potestatem vocat Govean. *ad L.* 1. *h. t. n.* 12. (nec inepte, etsi minus probetur Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *pag.* 62.) uti & Cuiac. 21. *Obs.* 30. quæ legis sunt, iurisdictionis non esse. Duar. *d. Cap.* 5. hæc non competere ideo quod quis imperium vel iurisdictionem habet, licet consistant omnia in aliquo imperio vel potestate; & ad *L.* 3. *h. tit. f.* 25. *col.* 2. utrumque recte dici diverso sensu. Non sunt imperii, quia non propria magistratui; sunt quoad rationem decernendi, quæ similis ut in aliis. *Ibidem* non esse meri imperii (cui ea adscribit Baro *ad L.* 3. *h. t.*) sed cuiusdam extraordinarii speciem habere, nec incommode dici misti imperii, quia non deferuntur nisi magistratibus, etsi non iure magistratus. Atque ita est. Cognitio harum caussarum non est iurisdictionis ordinariæ, nec iussus & auctoritas, quæ in iisdem vertitur, imperii ordinarii. Sunt autem & hæc iurisdictionis *L.* 2. ibi; *omnia quæ ad iurisdictionem rectoris* &c. *C. de off. eius qui vic. L.* 8. §. 18. *de transact.* Sed specialiter datæ, Ant. Fab. *ad L.* 2. §. 1. *de off. eius.* Unde Bocer. *Cap.* 1. *n.* 16. *& Cap.* 3. *n.* 24. iurisdictionem aliam facit ordinariam, quæ iure magistratus absque lege speciali competit, quæ & in specie iurisdictio, quia suo iure eam magistratus habent: aliam extraordinariam, quæ ea eo habetur, quod nominatim concessa &c. & Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 13. *& seq.* Et voluntaria iurisdictio iure magistratus, (cuius pleraque sunt, quæ non mandari possunt, excepto mero imperio) non habetur, vid. *supra N.* 15. *&* 16. Sic Matth. Steph *Lib.* 1. *Cap.* 4. aliam esse specialem iurisdictionem, quæ iure magistratus, aliam legalem, quæ a lege Senatusconsulto &c. extra caussas criminales tribuitur. Quæ tamen ipsa aptius opinor specialis nuncupabitur; & altera, ordinaria scilicet, generalis, per *L.* 4. *princ. de off. eius*, vid. *Cap. præced. N.* 1.

transactio alimentorum testamento relictorum; prædiorum minoris alienatio; consilii exercitio; tutoris datio. Exceptiones non ratione aliqua, aut coniectura tantum voluntatis collectæ, sed verbis ipsis prope expressæ earum legum, quibus illarum rerum auctoritas magistratui defertur. De transactione alimentorum diserte cautum est oratione D. Marci, ne ea transactio aliter rata sit, quam auctore prætore facta. *L. cum hi*, *D. de transact.* Qui alium auctorem esse non vult, eam cognitionem alteri mandari vetat: cum mandata alteri cognitione futurum sit, ut alius auctor fiat. Inde dictum, nec mandare ex hac caussa iurisdictionem vel præfidem provinciæ, vel prætorem posse. *d. L. cum hi*, *§. si prætor*, in fin. *de transf.* De prædiis minorum alienandis oratio Severi ita scripta est, ut iubeat ex hac caussa adiri prætorem, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub. tut.* Quod quia iubet, necesse est facere; & quia necesse est, alium adiri ex lege non licet. Inde sumptum, ut nec iurisdictione mandata possit ea quæstio transferri. *L. 2. D. de off. eius.* In eadem caussa est consilii exercitio, *ead. L. 2.* Hæc autem exercitio maxime locum habebat, cum minor viginti annis servum manumittebat vindicta. De quo lege Ælia Sentia ita cautum erat, ne domino minori viginti annis aliter manumittere liceret, quam si servi vindicta apud magistratum in consilio, caussa manumissionis approbata, essent manumissi, ut est in *§. eadem Inst. quib. ex caus. manu. non lic.* ubi hoc ius pluribus exponit Theophilus. Ad hoc igitur obtinendum necesse erat a prætore aut præside consilium exerceri, id est evocari & ad eam rem adhiberi, quo apud id consilium manumissio transigeretur. [31] Hanc cognitionem cum lex alibi non ferat, quam apud magistratum, sequitur videlicet eam alteri mandari non posse. Quæ res declarat, nec cognitionem eius manumissionis mandari potuisse: quippe quæ coniuncta esset cum ea consilii exercitione. Datio quoque tutoris in eadem caussa, de qua ita scriptum est in *L. nec mandante. D. de tutor. & cur.* nec mandante præside alius tutorem dare poterit. Hoc ideo, quia potestas dandi tutoris nominatim tantum cuique tribuitur, ut est in *L. muto*, *§. tutoris. D. de tut.* cuiusmodi quæ sunt, ita tribuuntur, ut certæ personæ iniuncta eam non excedant. Qua ratione etiam tutoris datio ad sequens genus pertinet, quod maxime placet mandari non posse. Non adversatur, quod plerisque locis traditum est, magistratus municipales tutores dare posse iussu præsidum. *§. sed hoc iure*, *Inst. de Att. tut. L. Lucius*, *§. cum testamento*, *D. de administr. tutor.* Nam hic iussus præsidum non est mandata iurisdictio ad tutorem dandum. Magistratus enim municipales hanc ex persona sua iurisdictionem habent lege ipsis datam, ut diserte scriptum est in *L. 3. D. de tut. & cur.* Sed hanc iurisdictionem habent sub conditione, si iussus præsidis præcesserit: eoque nec prius habent, quam præcesserit. Sed iussus interveniens implet conditionem legis, non autem iurisdictionem mandat, quam lex ipsa existente conditione dedit. Idemque hic accidit, quod in stipulatione aut legato conditionali, quorum ex utroque nihil debetur, nisi conditio extiterit. Exsistente tamen conditione nemo dicit promissum legatumve deferri a conditione, aut eo qui conditionem implevit, sed promissum ex stipulatione debiti, legatum ex testamento & voluntate testatoris, qui conditionem adiecit.

XVIII. Præter hæc ex iis quæ sunt iurisdictionis superioris & imperii, nihil animadverto, quod non possit mandari. In quo neque manumissionem aut adoptionem [32] excipio res voluntariæ iurisdictionis, neque in iudiciis cognitiones quæ dictæ sunt prætoriæ; etsi fateor iuste de his dubi-

31) Convenit Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap. 16.* Matt. Steph. *Lib. 1. Cap. 4. n.* 8. Paurmeist. *Lib. 1. Cap. 11. n.* 10. Sed Muret. *ad d. L. 2. de off. eius*, Consilium exerceri vult, cum convocato consilio, quod Romæ quinque Senatoribus & quinque equitibus Romanis constabat, in provincia 20. recuperatoribus, Ulp. *tit. 1. §. 13.* quæ caussæ cognitionem requirunt, prætor examinat, inter quæ & refert procuratoris post litem contestatam mutationem per *L. 17. de Procur.* statuens quæcunque de plano expediri nequeunt, mandari non posse, vid. *infra N.* 35. Equidem interpretationi Donelli obsistit (1, quia commune omni manumissioni, ut de ea iurisdictio non mandetur, vid. *N. seq.* Baro *de iurisdict. f.* 33 *initio* (2) quod diversa hæc exercitio consilii & præbitio. Præbet consilium Prætor minori manumittere volenti &c vid. Ræv. *Protribun Cap.* 9. *&* 12. Qui, *ibid. Cap.* 18. *d. L. 2. pr.* sic exponit: Non vetatur legatus viros prudentes in consilium adhibere (quod imo fiebat, Cic. *pro Quintio*) sed illos quinque senatores & quinque equites Romæ, quos decem viros litibus iudicandis fuisse coniectat) itemque 20. recuperatores in provincia convocare, & cum illis tanquam Præses tribunal conscendere.

32) Sed verius est hæc, nec mandari, nec mandata iurisdictione transferri, quia legis actiones nisi apud ipsos magistratus fieri absurdum, vid. Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. *pag.* 20. *& seq.* Cuiac. 15. *Obs.* 19 *&* 1. *not.* Mercat. 21. Scipio Gentil. *Lib. 2. Cap.* 15. testans plerosque ita sentire, quod legis actiones non mandentur *& Cap. seq.* Nam iure magistratus hæc non competunt, vid. *supra Not.* 14. 15. 16. Confer Covar. 3. *Var. Resol.* 20. *n* 6. Matth. Steph. *Lib. 1. Cap.* 18. *n.* 81. *&* 2. *seqq.* ubi ius legitimandi, creandi nobiles, Doctores & notarios, quod habent Comites Palatini, delegari non posse, tradit.

dubitari posse. Etiam apud legatum proconsulis [33] manumittere nos posse diserte traditur in *L. apud proconsulem*, *D. de manumiss. vind.* ut dicendum sit etiam apud eum posse adoptari. Hoc enim est eiusdem iurisdictionis. *L.* 2. *L.* 3. *D. de offic. proc.* Contrarium tamen scriptum videtur, & quidem ut verba sunt, contrarium verbis scriptum est in *d. L.* 2. in fin. & *L.* 3. *de offic. proc.* Sic enim verba sunt: *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, & adoptiones fieri. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem. Nec adoptari potest. Omnino enim non est apud eum legis actio.* Sed hæc recte ita conciliantur, Apud legatum proconsulis manumissiones fieri aut adoptiones non possunt: sic accipe [34] apud legatum qui nihil nisi legatus est, nec mandata a proconsule iurisdictione utitur. Omnino enim apud legatum, quatenus legatus est, non est legis actio. Et certe in *d. L.* 2. ut verba supra scripta ostendunt, agitur de legato eius proconsulis, qui urbem tantum egressus erat. Hic legatus non potuit habere iurisdictionem a proconsule sibi mandatam: quoniam hanc proconsul mandare solum potest, postquam fuerit provinciam ingressus, *L.* 4. *§. ult. D. de offic. proc.* At rursum apud legatum proconsulis hæc eadem fieri possunt, sed posse intellige sua conditione: nempe si iurisdictionem habere cœperit, idest, si sit ei a proconsule mandata. Nam & in *L. cum prætor*, §. 1. *D. de iud.* dicitur simpliciter legatus proconsulis iudicem dare posse. At alibi auctor idem Paulus adiicit hanc conditionem, quæ ex iure sumitur, ut legatus iudicis dandi ius habeat mandata sibi iurisdictione, *L. legatus*, *D. de offi proc.* Sed & quæ olim dictæ sunt cognitiones prætoriæ, nihil satis idonei proponi videtur, quominus in his iurisdictio [35] mandari possit. Vetantur quidem magistratus in his dare iudicem. *L.* 2. *Cod. de ped. iudi.* Sed ideo quia iudex datus neque prætor est, neque prætoris potestate utitur, ut eius iudicis cognitio dici possit cognitio prætoria. Lex autem cognitionem prætoriam esse vult. At cum ex his caussis mandavit iurisdictionem suam prætor, si quid deinde ex his agitabitur apud eum qui mandatam iurisdictionem suscepit, futurum est nihilominus, ut dicatur cognitio & iurisdictio esse prætoria; quia qui mandatam iurisdictionem suscepit, vice eius qui mandavit, & imperio utitur. *L. solet*, *D. de iurisd. L.* 3. *D. de offic. eius.* Atque hæc de iis mandandis dicta sunt, quæ iure magistratus competunt, quæ eadem tum iurisdictionis tum imperii misti, idest, iurisdictioni adiuncti esse dicimus.

XIX. Diversa caussa est eorum, quæ magistratui specialiter tribuuntur, quod genus alterum supra posuimus ex iis, quæ sunt in potestate magistratus. De hoc genere hæc sine exceptione definitio Papiniani est superiori contraria, *quæcunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione principum tribuuntur*, neque mandari posse, neque mandata iurisdictione

33) Recte, sed non vi mandatæ iurisdictionis, verum ex concessione legis, quæ dat sub conditione ea, si mandata iurisdictio. Sicuti in simili magistratus municipales ius dandi tutores habent, iussu præcedente, non tamen vi illius iussus, Scip. Gentil *Lib.* 2. *Cap.* 10. *pag.* 227 Et multa specialia in legato proconsulis, de quibus *infra N* 60. Male vero Cuiac. 1. *Obs.* 1. & 15. *Obs.* 19 & 1. Merc. 21, vocem *non* d. *L.* 17. inserit, laudatus a Mercer. *in Conciliat. p. m.* 104 notatus ab Hotom 2. *Amicab* 21. Bodino 3. *de Rep.* 6 *n.* 320. Rob. 1. *Rec. Lect.* 28. & 1, *Animadv.* 21. & 1. *notar.* 21.

34) Consentiunt fere Duar. *ad tit. de off procons. Cap.* 3. Matth, Steph. *Lib.* 1. *de iurisdict. Cap.* 13 *n.* 28. & *seq.* Coras. *in d. L.* 2. § 1 *n.* 3. Hotom. 2. *Amicab.* 1, Pac. 1. *Quæst.* 46. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *de iurisdict. Cap.* 10. *pag.* 226. & *seq.* Nec obstat quod ingressus provinciæ requiratur tantum ad contentiosam iurisdictionem, ut obiicit Fopp ab Aizema 2. *Differt* 4. quia id verum in persona Proconsulis, qui voluntariam exercet statim postquam urbem egressus, etiam in aliena provincia *L.* 36. §. 1. *de adopt.* Quin & postquam provinciam excessit, antequam portam Romæ ingressus *L. ult. de off procon.* Cuiac. in *Nov* 95. Ioach Steph *Lib* 3 *de iuris dict. Cap.* 12 *n.* 4. At non item in persona legati, quem nec ipsum ingressum esse provinciam sufficit, sed necesse est ut Proconsul quoque ingressus fuerit, ac iurisdictionem mandaverit, Scip. Gentil. *d. loc.* Nec obstant verba *d L.* 3. *omnino non est apud eum legis actio*, quibus movetur Charond 1. *Verisim.* 3 Nec enim præcise accipienda, sed cum adiectione superiori *L.* 2. *princ.* statim scilicet quam urbem egressi fuerint, Hotom. 2. *Amic.* 21.

35) Ita & Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 20. quia nullibi mandari vetantur, nec speciali concessione habentur. Est enim in mandatis principum scriptum, quare præsidi de illis cognoscendum sit, tamen illa officium potius exponebant, quam ut comprehensa specialiter tributa vellent. Cognitiones quoque prætoriæ ideo a magistratu exercendæ, quod earum favor ac necessitas, quo citius meliusque expedirentur, iurisdictionem ac imperium requireret. Utrumque hoc habent legati. Cognitio prætoria vel præsidialis non est in iudice dato, est in eo, cui mandata est iurisdictio. Et quod *L.* 1. § 14. *de extr. cogn.* habetur officium prætoris esse, legato quoque convenit, ad quem totum officium iuris dicundi transit *L.* 1. §. 4. *de susp. tut.* Diss. Cuiac. 7 *Obs.* 23. & *in L. vestis* 127. *de V. S.* quia nominatim iniungantur litteris mandatis vel formis a principe datis, & Govean. *ad* *L.* 1. *h. t. n.* 13. Muret. amplius ad *L.* 1. *princ. vers. quia vero nare* & ad *L.* 2. *de off. eius*, putat omnia, quæ tantum pro tribunali expedienda, nec possunt de plano non mandari legato, quod is tribunal non habeat, & ibi prætor ipse desideretur, *L. ubicunque* 103. *de R. I.* Male. Nam missio in possessionem bonorum fit certe ex decreto: mandatur tamen *L.* 4. §. 1. *de off. eius*. Sed hoc tantum sequitur. Decretum requirit hæc cognitio. Ergo, iudex in ea re dari nequit, Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 17 Denique Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 12. cognitionem de indulgenda separatione bonorum, non mandari notat ex *L.* 1. §. 14. *de separat.*

ne transferri. *d. L.* 1. in princ. *D. de offic. eius.* Specialiter tribui Papiniano intelliguntur, quæ competunt non iure magistratus, idest non hoc ipso quod magistratus est, seu non eo quod iurisdictionem aut imperium habet: sed ideo solum, quod nominatim & 36 specialiter ei a lege tribuantur; alioqui iurisdictionis magistratui tributæ verbo non competitura. Opponit enim hæc duo inter se Papinianus, magistratus iure competere, & specialiter tribui: ut necesse sit intelligi ea tribui specialiter quæ tunc tribuuntur nominatim, cum futurum esset, ut alioqui magistratus iure, & iure iurisdictionis eius, quam magistratus habet, non competerent. Qua ex re etiam fit, ut mandari hæc non possint. Sic enim specialiter tributa apparet certæ personæ ita iniungi, ut in his 37 personæ ipsius, non magistratus & iurisdictionis ratio haberetur. In quo cum persona certa sit electa, repugnat legis sententia, quominus ad alios transferantur. Huius generis duo sunt; merum imperium, & tutoris datio.

XX. *Merum imperium* 38 *est, habe-*

36) Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 14. ita exponit: Specialiter idem quod nominatim certo magistratui iniungere. Non dicit personæ certæ: Quia etsi id fieri possit, non tamen ad hoc necesse est personam exprimi, sed idem efficitur nomine magistratus usurpato *L.* 1. §. 2. *de reb. cor.* (sic Cabot. 2. *Disputat.* 7. *pag.* 215. non interesse, singulis magistratibus hæc tribuantur, an omnibus indefinite qui hoc vel illo magistratu donabuntur,) Quin nec species caussæ vel cognitionum exprimi oportet, sed potest concedi potestas de iis, quæ alii specialiter data. Et sic specialiter ad hoc quoque habeutur, ut *L. ult. C. de of. eius qui vic.* Quin nec hoc necessarium. Sed etsi nec generaliter nec specialiter data, potest ita competere ac si esset specialiter tributa. Sic cognitio de transactione alimentorum specialiter data Prætori ac præsidi. Eandem tamen certo casu habet procurator Cæsaris, & ita habet ut mandare nequeat *L.* 8. §. 19. *de transf.* iunct. §. *praced.* ita Gentilis, qui & *pag.* 244. specialiter non dare legem &c. si declaret, quid alicui magistratus iure competat *L. 4. princ. de off. eius* non etiam si iubeat princeps magistratum certum iubire *L.* 8. *& seq. de off. praf.* add. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 3 *& seqq.* Male DD. veteres specialiter data accipiunt de reservatis maioribus magistratibus. Nam & privatis caussarum capitalium cognitio concedi, & maior magistratus ea carere potest, Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 25.

37) Et licet concessa forte incertis personis sub nomine magistratus, tamen non sunt tributa iurisdictioni, sed magistratui ipsi, qui utique mandari nequit, ait Ant. Fab. *ad L. pr. de off. eius*. Quin & tunc quoque electa videtur fides ac industria personæ. Eaque ratio est mandati inhibendi, quia id voluit populus, vel princeps, hæc concedendo, ne alius de iis iudicaret quam qui ob singularem industriam spectata fide ad officium istod adhibitus esset, non aliter iudicaturus de rebus commissis quam populus ipse, vel princeps *L. unic.* §. 1. *de off. praf. prat.* Baro *ad L.* 1. *de off. eius & de Iurisdict.* *f.* 27. Suerin. *Rep. Lect. Cap.* d. *pag* 18. Museorn. *de Iurisdict.* *n.* 131. Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 2 Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 27. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18 *n.* 26. *& seq.* Diss Walth. 2. *Misc.* 9. putans, ubi non specie quid certæ personæ commissum, personam industriæ electam non dici. Quod eximie refellit *d. L. unic.* §. 1. Et male idem frustra hac in re rationem quæri, cum id moribus introductum sit. Quin & in specie quoad merum imperium ratio hæc reddi potest, quia cum de capite civis Romani iniussu populi permissum non fuerit ius dicere *L.* 2. §. 23. *de O. I.* nulli hæc cognitio committenda, nisi qui a populo eiusve vicem obeunte, Senatu, aut Principe, mandatum accepisset. Itemque ea, in genere, etiam quoad cætera, quia mandata iurisdictio alteri mandari nequit, vid. *h. C.* N. 11. Atque ita hoc erit ea communi & mero iure. Nam & hæc mandata sunt a lege non propria effecta. Otho Meland. *Comm Cameral. P.* 1. *fol.* 39. Io. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Cap.* 3. *n.* 26. Quod prob. (1) *d. L. princ. de off. eius* verbo *delegatam*, delegare est ad usum concedere, sicuti delegata dicitur pecunia *L.* 2. *ad L. Iul. peculat.* iunct. *L.* 4. §. 4. *eod.* (2) Quia opposita sunt iurisdictio propria & mandata: quæ suo iure habetur, & quæ alieno beneficio *L.* 5. *h. t.* Propria autem magistratuum officii (Personæ siquidem gerenti magistratum nulla iurisdictio iure Romano propria, vid. *supra Cap.* 7. *N.* 3.) esse, quæ iure magistratus non competunt, repugnantiam involvit. Et suo iure habere, ac magistratus iure hic prursus idem significant, cum non personæ suæ ratione, sed officii potestatem habeat magistratus. Unde efficitur hæc alieno beneficio haberi per *d. L.* 5. ideoque quasi precaria solo concedentis placito sustineri, argum. *L.* 2. §. 2. *de precar.* Nec ullus dubitat quin inspecto iure Iustinianeo & statu veteris Imperii Roman., sententia Lotharii hoc modo accepta certissima pariter ac verissima sit, isque non tantum æquum tulerit, sed & æquum dixerit. Nimirum ius imperii proprium resedit penes populum vel Principem, in eoque fundatum & radicatum, unde exercitium desinat in magistratus, quibus id concessum; *d. L.* 1. *pr.* ubi vocatur exercitio publici iudicii. Indeque magistratus vocantur administratores, *Rub. C. de adm. reip.* executores *L. ult. C. ut. ne pri. tit.* Alc. 2. *Paradox.* d. Loriot. *de Iurisdict. Axiom.* 24. P Greg. 47. *Synt.* 13. *n.* 7. *& Cap.* 21. *n.* 2. *&* 4. Cabot. 2 *Disput.* 5. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Cap.* 3. *n.* 25. *& seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 23. Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 3. *pag.* 348. (qui tamen sibi contrarius *d. Lib.* 3. *Cap.* 31.) Busius *ad L.* 1. §. 1. *de off. eius*. Sane hodierno statu, cum imperium merum una in feudum dari soleat, hereditarium id & gentilitium effectum, Io. Steph. *d. Cap.* 3. *n.* 36. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap* 23. Diss. qui iure Romano non usum imperii meri, sed proprietatem habuisse magistratum, volunt, post Azonem. Muscorn *de Iurisdict. n.* 33. Obrecht. *Cap.* 4. *n.* 7 *&* 8. Bocer. *Cap.* 8. *n.* 4. *&* 5. Duar. *ad L.* 3. *h. t.* Bellou. 1 *Supput.* 1. *n* 1. Walth. 2. *Misc.* 9. Bronch. 1. *Ass.* 15. & quodammodo Bodin. 3. *de Rep.* 5 inter magistratus eos distinguens, quibus capitalium criminum cognitio extraordinaria, quos gladii ius habere iure sui magistratus contendit (in quo etiam ab iis, qui Azonem sectantur, aliena docet) & quibus lex præscripsit quid iudicent, quos nudam legis actionem (ita vocat usum & exercitium sine proprietate) habere scribit. Nec iuvat illos quod ius & potestas gladii haberi ac data esse legitur *L.* d. *princ. de off. procons. L.* d. §. 8. *de off. praf. L.* 3. *h. t. L.* 70. *de R. I.* Verba enim, *habere & dari*, etsi sua natura proprietatem significent, sæpe tamen pro re subiecta acceptio variat. Nam & mandata iurisdictio haberi dicitur *L.* 5 *h. t. L.* 1. *de iudic* & dari *L.* 4 *princ. de off. eius*. Male etiam Walth. movetur *L.* 1. *pr. de off. praf. urbi* verbo *vindicavit*. Quo non innuitur aliqua actio realis pro asserendo mero imperio, quæ ex dominio oriatur. Neque enim imperium vindicari dicitur, sed *omnia crimina sibi præfectura urbis vindicavit*, id est sibi tribuit, assumpsit punienda ex Epistola D. Severi &c. Hoc modo displicet quod quidam per exercitionem *L.* 1. *pr. de off. eius*, nudum factum intelligunt, idque solum mandari scribunt, Io. Steph. *d. Cap.* 3. *n.* 26. *& n.* 30. quasi solum ministerium & meram operam præstet cui illa commissa est. Hoc enim lictoris est & carnificia. Ac *dd. LL.* gladii *ius* & *potestatem* concessam esse convincunt. Quin & alias iurisdictio a magistratibus mandata in persona quoque eius, cui mandata est, iuris est, non facti. Utque legatus vicem magistratus subiens, toto officio ius dicentis fungitur *L.* 1. §. 4. *de susp. tut.* ita cui a lege imperium delegatum est vice legis fungens, plenam potestatem exercet.

38) Quam definitionem perfectam esse, volunt Bronch. 1. *Misc.* Scip Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 3. & Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* d. *n.* 21. *& seqq.* Contra alii, & rectius propositum ibi Iurisconsulto exemplo rem declarare. Nam nec misti imperii, nec iurisdictionis ibi definitiones essentiales habentur, vid. *supra Cap.* 6. *N.* d. Muscorn. *de Iurisdict. n.* 42. *& seq.* Paurmeist *Lib* 1. *Cap.* 11. *n.* 17. Obrecht. *Cap.* 2. *n* 20. (nam etsi, ait, *gladii* vocem figurate accipias, definitioni tamen propriæ locutiones conveniunt

re [39] *gladii potestatem ad animadvertendum* [40] *in facinorosos homines*, sic Ulpianus in *L.* 3. *D. de iurisd.* Hinc ista mandari [41] non posse legimus: tantum ideo, quia lege specialiter tribuuntur. De mero imperio ita Papinianus scribit in *d. L.* 1. §. 1. D. de offic. eius. *verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed imperium merum quod lege datur, non transire.* De animadversione in facinorosos, quam eandem merum imperium vocamus, hæ sententiæ sunt veterum: exercitionem publici iudicii lege vel senatusconsulto delegatam mandari non posse. *L.* 1. in pr. *D. de offic. eius.* Item, neminem dicere, legatum proconsulis

veniunt.) Bocer. *Cap.* 5. *n.* 2. volens synecdochen esse partis pro toto, & Marta *de iurisdict. pag.* 1. *Cap.* 36. *n.* 27. similem locutionem haberi ac si diceres: Fortitudo est pro patria mori. Muret. *de iurisdict. pag.* 143. *& seq.* definit potestatem quærendi de criminibus & a confessis aut convictis pœnas exigendi. Vulg. 1. *Iurispr.* 12. *n.* 9. Iurisdictionem in coercitione positam, & probat Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 6. *n.* 19. aliter Bocer. *Cap.* 5. *n.* 3. Paurmeist. *d. n.* 17. *&c.* Vocarunt hoc Iudæi sceptrum occidendi & vivificandi, quod tamen amplius quid continebat, nimirum etiam ius morti addictus restituendi, quod in Republica Romana solius Principis, vid. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 7. *n.* 8. Germanis quæ appellationes, vid. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Duc. Sax. Cap.* 5. *n.* 21.

39) *L.* 6. *princ. de off. procons. L.* 6. §. 8. *de off. præs. L.* 70. *de R. I.* Gladius autem non materialis significatur, nec pro telo accipi debet, ut Muscorn. *de iurisdict. n.* 40. *& 2 seqq.* Io. Monach. *Cap.* 3. *n.* 5. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 42. sed quamcunque graviorem coercitionem pœnamque, qua ex delicto reus plecti potest, denotat Duar. *ad L.* 3. *h. t.* Coras. 3. *Miscel.* 17. *n.* 12. Sic Lamprid. *in Alex. Honorem iuris gladii nunquam vendi passus.* Gladius enim index iustitiæ & insigne superioris potestatis, ad quam significandam gladio cingebantur qui ea præditi *Rom.* 13. *vers.* 4. *L.* 31. verbis *gladio ultore C. ad L. Iul. de adult.* vid. Phil. Camera. *Cent.* 1. *Op. succis. Cap.* 76. Baro *de iurisdict. fol.* 26. *& fol.* 37. P. Fab. 1. *Semestr.* 3. Gœd. *ad L.* 215. *de V. S. n.* 2. P. Greg. 47. *Synt.* 14. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. Matth. Steph. *Lib. Cap.* 6. *n.* 69. *& seqq.* Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 2. *&* 3. Ex ad statum sui temporis respexerunt Iurisconsulti, quo usitatior gladii pœna, Io. Steph. *d. Cap.* 2. *n.* 31. Vincent. Cabot. 2. *Disput.* 5. Nam nec ante D. D. Fratrum tempora securi, telo, fuste vel laqueo aliove modo quam gladio animadverti oportuit *L.* 8. §. 1. *de pœn.* Cumque honestissimum ac levissimum supplicii genus sit capitis amputatio, nulloque genere, ut Seneca, homines mollius moriantur, P. Fab. 1. *Semestr.* 4. Bodin. 6. *de Rep.* 6. *n.* 761. ut lenitate verbi tristitia rei mitigaretur, honestioris vindictæ nomen retentum, ut sub eo reliqui omnes modi, quibus vita adimitur, comprehendantur, P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. pag.* 311. Io. Steph. *d. Cap.* 2. *n.* 59. Quomodo gladio feriri iubentur perduellionis rei *L.* 5. *in. fin princ. C. ad L. Iul. maiest.* etsi non secata gladio cervice, sed acerbiori supplicio, atrocitati facinoris respondente, puniantur *L.* 8. §. 2. *de pœn. L.* 9. *C. de re milit.* vid. Petr. Theodor. *Disput. crim.* 5. *Th.* 6. *lit. B.* Sic in *d. L.* 31. *C. de adult.* gladio ultore exquisitis pœnis subduntur rei &c. id est flammis vindicibus absumuntur *L. omnes* 6. *C. Th. eod. Lib.* 9. *tit.* 7. *coll. LL. Mosaic. tit.* 5. Pœnas vero supplicio mitiores hoc verbo venire non puto, per *d. L.* 6. §. 8. *de off. præs.* iunct. *L.* 6. §. 1. *de interd. & releg.*

40) In Pandectis Florentinis vocula *in* omissa eleganti loquendi forma, Petr. Brossæ. *in Miscell. ad d. L.* 3. Animadvertere enim significat punire, & sine præpositione sæpe legitur *L.* 15. §. 28. *de iniur. L.* 10. *Cod. de Ep. & cler.* Vid. Guil. Forst. 1. *Obs. succis.* 23. Ex verbo autem *facinorosos* colligit Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 5. ius quoque absolvendi reos postulatos, nec convictos, quod æque meri imperii est, *L.* 6. *princ. de off. procons.* Bald. *ad L.* 3. *h. tit. n.* 10. definitione contineri. Sane quandoque exercetur merum imperium, ubi nulla coercitio maleficiorum, imo nec hominum quidem. Nam & in mortuorum cadavera, bruta animalia, immo res inanimes interdum animadverti videtur, de quo Phil. Camerar. *Cent.* 2. *Op. succis. Cap.* 79. Muscorn. *n.* 46. *& seqq.* Obrecht. *Cap.* 9. *n.* 3. *& seqq.* Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 4. (qui ideo hæc definitione non includi quod rara sint & singularis exempli) & Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 6. *n.* 133. *& seqq.* ubi *n.* 140. *& seqq.* tractat, an cadavera punitorum medicis ad anatomicam sectionem recte concedantur, de quo & Muscorn. *n.* 51. Horat. Carpan. *Statut. Mediol.* 355. *Vol.* 2. Cæterum non omnibus idem & æquale hoc imperium concedebatur, sed aliis plenius fuit, aliis partes mandabantur, Rosbach. *Process. Tit.* 2. *n.* 8. Io. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. Obrecht. *Cap.* 3. *n.* 13. Knich. *de Sax. non prov. iure v. Duc. Sax. Cap.* 5. *n.* 39. atque æque uti iurisdictio caussis, loco, personis, finiebatur, & præterea pœnarum gradibus, Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 24. Hinc ansa interpretibus distinguendi gradus meri imperii. Quam distinctionem iuris quidem auctoribus ignotam, at disciplinæ gratia recipi posse, docent Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 6. Muscorn. *n.* 113. Et Bartolus sane sex gradus constituit ac in primo & maximo legem condere aliaque, quæ maiestatis sunt, non imperii magistratus, collocavit. Quos gradus reprobant Loriott. *de Apicib. iur. Tr.* 2. *de iurisdict. Axiom.* 9. *& seqq.* Marta *de iurisdict. pag.* 1. *Cap.* 37. *n.* 1. Obrecht. *Cap.* 7. *n.* 28. *& seqq.* Io. Steph. *d. Cap.* 3. qui iuxta nostræ reipublicæ statum formam eius triplicem esse. Magnum, mediocre, minus. Scip. Gentil. *d. Cap.* 6. post Obrecht. *d. Cap.* 7. *n.* 2. ex tribus pœnarum gradibus *L.* 28. *de pœn.* eommode tres gradus castrui censet, quos tres *Capp. seqq.* explicat, & Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 7. *& seqq.* Sed Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 19. quia delictorum contingentium, ad quorum modum pœnam statuere convenit, infinita varietas, exactam distributionem fieri non posse. Et Bocer. *Cap.* 5. *n.* 11. ex pœnarum gradibus distinctionem faciendam, negat, cum non solum in pœnis infligendis, sed & in aliis consistat, ut sunt Præparatoria iudicii, inquisitio, apprehensio rei, & quæ ad iudicationem pertinent, quæstio sive tortura &c. Hoc probe notandum, quod recte docet Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 10. quasdam pœnas esse mero & misto imperio communes. Ut pecuniaria, si iudicio criminali publico irrogetur, meri imperii; sio exsequendæ iurisdictionis caussa, misti. Meri enim imperii est quævis potestas animadvertendi in caussis criminalibus *L.* 6. *princ. de off. procons. L.* 70. *de R. I.* utrobique in verbis *vel cuius* alterius coercitionis. Facit *L.* 6. *de accus.* quod male negant Coras. *ad L.* 3. *h. t. n.* 17. *&* 3. *Misc.* 17. *n.* 10. requirens potestatem in vitam hominis, & Knich. *d. Cap.* 5. *n.* 40. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 18. vid. Bocer. *Cap.* 5. *n.* 16. In cuiusvis vero persona lege vel voluntate concedentis determinatum & limitatum hoc imperium, P. Greg. 47. *Synt.* 21. *n.* 2. Ac uti alias forma mandati stricte servanda, ita & hic nemo ex mero imperio sibi assumere potest, quæ nominatim data non sunt. Nec in his argumenta a maiori vel minori valent, Cuiac. *ad L.* 99. *de V. S. & ad L.* 6. §. 7. *de ini. rup.* Cabot. 2. *Disput.* 5. P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I pag.* 310. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 24. Bocer. *Cap.* 5. *n.* 34. Io. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 70. Unde Præsidi cui ius est supplicio afficiendi & in metallum damnandi *d. L.* 6. §. 8. *de off. præs.* deportandi datum non est, *L.* 6. §. 1. *de interd. & releg. L.* 1. §. 3. *de leg.* 3. Cur non datum? Vid. Zoan. *Resit. ad Dig. Cap.* 22. Muscorn. *n.* 101. *& 2. seqq.* Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 11. *Princ.* 4. *pag.* 552. *& seq. & Tit.* 16. *Princ.* 1. *Illat.* 3. scite P. Gilken. *de Præscript. pag.* 3. *Cap.* 6. *n.* 23. *& seqq.* Mar. Lycklama 4. *Membran. Eclog.* 20. dist. Hotom. 3. *Obs.* 12.

41) Et nec cognitio mandari potest *L.* 1. §. 8. *ad SC. Turpil.* Speciale autem esse volunt in legato proconsulis, ut ipsi cognitio mandari possit, sola tamen, iure sententiæ præsidi servato, seu institutio processus & caussæ audientia *d. L.* 6 *princ. D. L. un. C. de off. procons. Nov.* 128. *Cap.* 20. Bocer. *Cap.* 6. *n.* 20. Obrecht. *Cap.* 6. *n.* 33. *& seqq.* Bron. 1. *Ass.* 16. Non obst. *L.* 14. *ad SC. Silan.* Legatus enim ibi accipi potest & debet non Proconsulis, sed Cæsaris *L.* 4. *de assess.* Muret *ad L.* 1. *in fin. princ. de off. eius* Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 16. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. Melius quam Hotom. 3. *Obs.* 4. legato ibi merum imperium esse ob absentiam proconsulis.

sulis animadversionem habere mandata iurisdictione. *ead. L.* 1. §. 1. Item, neminem posse gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre. *L. solent*, in princip. *D. de offic. proconsul. L. nemo potest gladii*, *D. de reg. iur.* Quorum omnium hanc rationem reddi videmus, quia lege hæc dantur. Dari accipe *[illegible]*, quæ dantur specialiter, seu ita, ut non alio iure competant, quam si nominatim data sint. Omnia enim ad superiorem definitionem Papiniani referuntur. At cur hæc tantum tribuuntur specialiter? Quia generali verbo iurisdictionis, & potestatis eius quæ magistratui competit, non continentur. Unde necesse sit evenire, ut aut nusquam magistratui competant, aut specialiter ei tribuantur. Atque hinc in his meri imperii nomen: cuius vim primus, quod sciam, nostris eruditе aperuit *Franciscus Duarenus Lib.* 1. *Disput. Cap.* 53. Ea cognita non solum quam recte hoc imperium ita vocetur, ostendet; sed etiam ius superius de hoc imperio non mandando, eiusque iuris rationem magnopere illustrabit.

XXI. Merum imperium, ut dixi, est gladii potestas, omnisque animadversionis in facinorosos. *d. L.* 3. *de iurisd.* Recte hoc imperium, in quo præcipue vis & potestas imperii elucet. Est enim positum in exsecutione, & ea omnium gravissima. Ostendi autem ante, imperium in iurisdictione in universum dici exsequendi potestatem, efficiendique, ut ratum sit, quod magistratus statuerit. Quod quia in hac animadversionis potestate præcipue eminet, 42 ideo sæpe & potestas & imperium absolute per excellentiam appellatur. Ut *L.* 2. *D. de in ius voc. L.* 1. *D. quod quis. iur.* Dicitur imperium merum, quia si conferatur cum iurisdictione est imperium vere merum; quippe purum & solum, non mistum cum iurisdictione, neque ideo cuiquam competens, quia iurisdictionem habeat. Et verbum & res huic etymologiæ congruunt. Scimus merum proprie dici in vino, de eo quod purum est, eo quod vinum tantum est, nihil aquæ aut alterius liquoris admistum habens. Inde translatum ad res cæteras, diciturque merum, quod per se solum est, nec alteri vel admistum. Quomodo nostri non raro usurpant. Ut merum ius gentium dictum, quod non est coniunctum & mistum cum præceptis civilibus, in *L. bona*, in pr. *D. depos.* mera conditio in dando, quæ nulla ex parte in faciendo est: mera conditio in faciendo, quæ nihil habet dandi, in *L. cum servus*, illic, *sed nos neque*, *D. de cond. & demonst.* Isto modo & merum imperium dictum, quod alterius rei 43 misturam non habet, solum, & per

42) Unde apparet non recte Baronem *ad L.* 3. *h. t. & L. ult. de off. eius*, exercere consilium, decernere de alienatione prædiorum &c. aliasque caussas, quæ generaliter vel specialiter mandari nequeunt, mero imperio tribuere. Imo merum imperium in *L.* 1. *pr. de off. eius*, aperte secernitur ab aliis, quæ iisdem speciali iure tribuuntur. Et potest quis hæc habere, ut aliud non habeat, & contra. Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 28 Quin idem Baro *Lib. Var. QQ. de iurisdict. fol.* 22. Illa misti imperii esse, cum iurisdictio de re privata iis insit. Gravius labuntur qui imperium merum quenvis iussum nulli cognitioni coniunctum interpretantur, qui in cuiusvis caussæ, etiam civilis, exsecutione consistat, ut Io. Gillot. (exponente eius sententiam Lorriotto, *de Iurisdict. Ax.* 4. *& seqq.*) & novissime Marta *de Iurisdict. pag.* 1. *Cap.* 36. *n.* 21. *& seqq.* scribens magistratum uti mero imperio, quoties iubet quod omnino faciendum est, id est dum exsecutionem facit ut nullam caussæ cognitionem, seu iurisdictionem admittat, sed mero iure ac propria auctoritate utatur. Sic, ait, exsecutio sententiæ capitalis est *imperii*, quia sententiam sequitur iussus exsecutionem iniungens: *meri* quia nulla caussæ cognitio, nulla allegatio auditur, non tantum ut non fiat, sed nec ut differatur *L.* 6. *de pœn.* Idem esse in civilibus probat per *L.* 4. §. 3. *de re iudic.* Facit *L.* 56. *eodem*. A quibus non longe abludunt, nisi quod longius adhuc a vulgari sententia recedunt, quæ habet Polletus *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 1. Merum imperium dici sentiens, quod cognoscendi censendique potestate vacat, misto inferius, minusque solemne: Quale habent, ait, legati tribunorum militum, qui reos perquirere & supplicio afficere possunt, ast non item caussas eorum cognoscere & ius dicere. Sic apud Belgas, scribit, Vasallos habere nudam cognitionem de caussis, nihil autem imperii, non citare, comprehendere, pignora capere, exsequi. Sed sententiam exsecutioni mandari a Balivia, caussa prius per illos cognita. Sic iure Iustinianeo cum delegati, seu iudices dati cognoscunt, Prætor exsequitur, illos iurisdictione mera, hunc mero imperio uti, cum cognitio & iurisdictio præcesserit, caussa ab aliis discussa. Sic Prætorem in privatis caussis habuisse mistum imperium quando & cognoscebat & exsequebatur. In publicis autem iudiciis, quibus prætor præsidebat, habuisse iudices meram iurisdictionem, Prætorem vero merum imperium, id est nudum, ut numerum iudicum ineat, sortes ducat, iudices citet, contumaces mulctet. Hæc omnia esse meri imperii a iurisdictione seiuncti. Denique gladii potestate merum imperium, cui ut exemplum unum tribuatur, in *L.* 3. *h. t.* latius esse atque extendi ad ea quæcunque citra caussæ cognitionem expediuntur. Unde *Cap. seq* dare actionem, bonorum possessionem, tutores, in ius vocare, mittere in possessionem, manumissionibus ac adoptionibus operam interponere, mero imperio exerceri, statuit, si non accedit caussæ cognitio; sin accedat, misto ex utroque conflato: ita Polletus. Quæ pluribus non examino. Cum vel inde satis subverti possint, quod merum imperium mandari & mandata iurisdictione transire negatur, quodque lege dari nec iure magistratus haberi dicitur &c. Sed & Gillot refellit Baro *Lib. Var. QQ. fol.* 37 & Paurmeister. *d. Cap.* 15. *n.* 8. Nam certe exsecutio in caussis civilibus omnino transit, mandata iurisdictione, in qua maxime imperium mistum, seu non merum quod iurisdictioni cohæret, consistit, vid. *Cap.* 6. *N.* 8. *& seqq.*

43) Notatio itaque hæc analogia & observatione similium de meris & mistis defenditur, ut Baro *de iurisdict. fol.* 22. Et ex natura contrariorum, cum & mistum dicatur, non merum *L. ult.* §. 1 *de off. eius*. Sic mera ratio *L.* 22. §. 5. *Mand.* id est absque benigniori interpretatione, pœna absque permistione eius quod interest, factum *L.* 98. §. 8. *de sol.* interpretatio *L. ult. C. de LL.* prætoria officium *L.* 5. *de V. O.* §. 18. *de act.* liberalitas *C. statutum ult.* §. *insuper* 4. *de refer. in* 6. veritas *Cap. qualiter & quando de accus.* fides *L. omnium princ. C. de testam.* et in eo plerisque convenit quod dicatur quasi purum & separatum ac seiunctum &c. Duar. 1. *Disput* 53. *& de iurisdict. Cap.* 3. *& ad L.* 3. *h. t.* Baro *ibid & Lib. Var. QQ. de iurisdict. fol.* 18. 22. *& passim.* Vacon. *n* 6. *Declar.* 8. *n.* 6. Coras. 3. *Misc.* 17. *n.* 4. Charond. *de Iurisdict.*

& per se imperium. Sed nondum id dicimus; quod res est. Nam si id ita infinite & generaliter dicatur, certe falsum sit potestatem animadvertendi in facinorosos esse imperium merum, seu non mistum. Quæcunque enim hæc potestas est, coniuncta est 44 cum cognitione. Nemo enim quantunvis necesse, indicta caussa damna-

risdict. n. 13. Obrecht. *Cap.* 3. *n.* 7. *&* *n.* 17. Io. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 6. Muscorn. *n.* 38. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 4. *n.* 2. Cabot. 2. *Disput.* 5. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 4. Decian. *Lib.* 4. *Tr. Crim. Cap.* 2. *n.* 4. Forst. 1. *Obs. succis.* 24. & alii. Sed in explicando quare purum dicatur & a qua re, aut quomodo separatum, nonnihil variant. Quidam enim quod cum ius dicentis officio nihil commune habeat, eo quod alii puniendis maleficiis, alii privatis controversiis cognoscendis præficerentur, ut Coras. & fere Duar. *d. Cap.* 53. ac Io. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 4. quasi in persona gerentis fuerit solum. Male: sæpe enim in eadem persona hæc concurrunt, quæ tamen diverso iure habentur. Alii quod non intuitu iurisdictionis, sed speciali concessione, nec iure magistratus competit, Loriot. *de Iurisdict. Ax.* 4. nec concessio eius iurisdictioni insit. Knich. *de Sax. non prov. iure* verbo *Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 32. Atqui sic tutoris datio & quæcunque speciali iure habentur, vid. *supra N.* 30. *&c.* erunt meri imperii. Plerique quod iurisdictionem admistam non habeat & ex his alii nulli iurisdictioni cohærere, alii esse absque iurisdictione generali, alii separatum a iurisdictione speciali & simplici. Sed verius est sic vocari, quod nihil omnino extrinsecus adiunctum habeat, ut *N. seq.* Alias quatuor rationes habet, Ioach. Steph. *L.* 1. *Cap.* 2. quare purum sit. 1 quod hoc nec omni magistratui competat, nec soli; verum etiam privato. (2) quia ab utilitate privata remotum, eoque iuste uti magistratus debet, non ad suum compendium, quomodo & Zas. *ad L.* 3. *h. t.* (3) quia æquitas & benignitas in pœnis decernendis maxime spectanda (4 quia purum & segregatum a malitiosis affectibus esse debeat. Quarum nulla conveniens. Et prior quidem partim dubia, ut *infra N.* 46. partim communis aliis, quæ iure magistratus non habentur. Reliquæ omni iurisdictioni & officio magistratus fere toti communes. Diss hanc notationem reprobans Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 15. *&* *Cap.* 14. *n.* 5. cui placet illa Govean. *ad L.* 3. *h. t. n.* 7. *& seq.* Coras. 3. *Misc.* 17. *n.* 4. (qui uterque tamen priorem quoque probant) quod summum sit & vehementissimum, ad res graviores pertinens, quia summa potestas *L. un. princ. de off. præf. prat.* Et meri bellatores, Plaut. *in Mil. Act.* 4. *Sc.* 2. pro pugnacissimis. Quæ displicet Muscorno *n.* 38. & Bocero *Cap.* 5. *n.* 5. Et certe primo potissimum gradui imperii meri & atrocium scelerum animadversioni competit. Aliter Gœd. *ad L.* 99. *de V. S. n.* 7. *in fin.* quod iurisdictioni simplici non inserviat, sed ab eo inserviendi munere liberum sit ac solutum: & fere Bart. *ad L.* 3. *hoc tit.* Alc. *ad L.* 215. *de V. S. n.* 2.

44) Consent. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *n.* 24. quia in caussis capitalibus accuratior cognitio adhiberi debeat, Muscorn. *n.* 16. quia alias severitas & tyrannis potius diceretur. Et Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 17. quod cognitio & iudicatio contineantur; constare ex *L.* 6. *de off. proc. L.* 1. *de off. eius*; verbis: *publici iudicii exercitionem*. Nam iudicii voce non tantum executio, quæ extra iudicium quoque fieri potest, sed principaliter & proprie cognitio & iudicatio venit *L.* 15. *Rem rat. hab. L.* 1. *C. de iudic. L. lite C. de usur.* Et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *n* 55. *& seqq.* ac Bocer. *Cap.* 2. eandem putans esse criminalem iurisdictionem cum mero imperio. (Quam ab eo distinguit quidem Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 18. verum ita ut illam faciat generaliter criminum coercitionem ad tuendam disciplinam publicam, quæ iure magistratus competat, imperium merum restringens ad caussas capitales &c.) Et Cabot. 2. *Disput.* 7. *&* *Cap.* 9. *pag.* 222. Marc. Lycklama 5. *Membran. Ecloga* 1. Gœd. *in L.* 99. *de V. S. n.* 7. hoc differre imperium mistum a mero, quod illic exerceatur imperium propter notionem, hic notio propter imperium. Quin Matth. Steph. *Lib* 1. *Cap.* 6. *n.* 26. *& seqq.* etsi cognitio necessaria, non ideo tamen in mero imperio ullam iurisdictionem esse, cum cognitio requiratur quoad factum, non quoad ius. Quia Lex hic ius dicat, ac ipso iure statuat, non magistratus; cui facti quæstio concessa, non pœnæ executio. Contra Charond. *de Iurisdict. n.* 14. *& seq.* imperium hoc esse, non cognitionem nec coercitionem ipsam, sed iussum ac potestatem, cuius vi potest animadverti, eamque puram nulli iurisdictioni immistam. Et Obrecht *Cap.* 3. *n.* 9 *& seqq.* a criminali iurisdictione omnino separat; alias notatio, quæ *supra N. praced.* non conveniret. Et certe ita est. Merum enim accipi necesse est, cui nihil extrinsecus adveniens adiunctum, quodque suæ solum relictum est simplici naturæ. Sic accipi puto quoties misto opponitur. Merum enim vinum, cui non tantum non aqua, sed nec quivis alius liquor admistus; alias mulsum diceretur merum. Merum argentum, aurumque, non tantum cui non plumbum, sed nec æs aliudve metallum confusum. Quin si merum dicitur quod iurisdictioni caussarum civilium non coniunctum, nonne eadem ratione mistum imperium dici posset merum, quod iurisdictionem caussarum criminalium non comitetur. Enimvero, nec aliter iuste constat oppositio meri & misti imperii, quam si veluti mistum dicitur quod in caussis iis, in quibus occupatum est, sibi vel cohærentem vel inclusam habet earundem notionem: ita & merum dicatur, quod in caussis circa quas versatur, quæ sunt criminales, ab earundem notione est separatum. Atque ut absurde quis imperium ecclesiasticum vocaret merum, quod a iurisdictione caussarum sæcularium segregatum sit; aut sæculare merum quod a caussarum ecclesiasticarum diiudicatione seiunctum: ita, aut multo aptius (aut ego discriminis rationem non percipio) imperium criminale merum eamde, quia civilium litium disceptatio illi, nec inest nec cohæret. Nam uti caussæ ecclesiasticæ & sæculares toto genere distinctæ, ita & criminales ac civiles. Quare omnino statuo iudicationem criminalem a mero imperio diversam esse, quod illa circa scelerum cognitionem, hoc circa eorum pœnas versetur. Obrecht. *Cap.* 7. *n* 1. Utramque autem speciali concessione nec iure magistratus competere, idem *Disput* 7. *Th* 114. Atque illam, non hoc, vocari *publici iudicii exercitionem*, *L.* 1. *pr. de off. eius*, ut recte Cuiac. *ibid. Lib.* 1. *QQ. Papin.* Obrecht. *Disput.* 6. *Th.* 6. *& seqq.* quod probat vocula *cognitionem cer. fin. d. pr.* etsi Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 7. executionem sine cognitione accipiat, eamque solam certis casibus mandari, ut *infra N* 51. Hoc vero animadversionem *d. L.* 1. §. 1. Quæ vox sua vi exsecutionem arguit, ut post Gillot. recte probat Marta *de Iurisdict. P.* 1. *C.* 30. *n* 18. *per L.* 8. §. 1. *de pœn.* ibi: *gladio animadverti*. (Gladio enim non fit cognitio, sed exsecutio) *L.* 11. §. *ult. eod. L.* 7. §. *ult. de cap. & postl.* ubi animadverti dicitur in damnatos, cum non amplius cognitioni locus. add. *L.* 11. *de offic. proconf.* aut aliam correctionem. Sic Cic. *pro Cluent.* animadversionem censoriam a iudicio secernit. Ac etsi quis largiretur cognitionem aliquando comprehendi, per *L.* 15. § 28. *de iniur. L.* 1. §. 1. *de minor.* ut Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *n.* 61. (cum tamen *d.* §. 1. emendatio in melius denotetur, ut Don. *infra Lib.* 21. *Cap.* 6.) nec alia tamen acceptio proposito convenit, cum legato animadversio omnis negetur *d. L.* 1 §. 1. *de off. eius*, cui tamen cognitio criminum concessa *L.* 1. *Cod. de off. proconf.* Sane cum animadversionem dicimus, non factum exequendi, sed ius, sive potestatem ac iussum, cuius vi illud iniungitur, intelligimus, ut plane de nihilo sit, quod Matth. Steph. obiicit *d. lo.* quasi hac ratione lictoribus etiam merum imperium tribuatur. Illi enim nudum ministerium exercent, atque operam organicam præbent. In quo, & graviter errat Charond. *n.* 16. dum executiones has iurisdictionis esse sentit; quod nulla in iis necessaria potestas sit, sed executor præcepto iubentis pareat. Quanquam vero sæpe eidem scelerum cognitio cum animadversione delegata; seiuncta tamen illa, & altera sine altera exerceri poterat. Fueruntque quibus imperium merum sine cognitione, & alii quibus cognitio criminum, sine facultate exsequendi, mandabatur, tum sub populari statu (quod & ex Livio ostendit Budæ. *in L.* 18 § 14. *de muner.*) tum sub unius dominatu, de quibus Obrecht. *C.* 6. *n.* 22. *& seqq.* Qui & *C.* 5. *n.* 30. ita hodie Argentinæ criminalem iurisdictionem esse maiori Senatui, merum imperium Prætori, qui post cognitionem in confitentem sententiam profert & supplicio affici iubet. Quin Arist. 6. *Polit. ult.* expedire censet, ut alii præficiantur audiendis & condemnandis reis, alii condemnationibus exigendis, ne alias duplex odium incurratur Illud mihi cum Obrechto non convenit, quod iudicationem delictorum criminalem iurisdictionem appellat, quam cum Suenno *Rep. Ital. C.* 6. *p.* 23. a iurisdictione secernere malo, cui & op-

damnatur. *L. absentem, D. de pæn.* quinimmo in criminibus sic cognitionem præcedere oportet, ot in his probationes luce meridiana clariores exigantur. *L. ult. C. de prob.* Dicitur ergo istud imperium ita merum collatum cum iurisdictione; id elt ideo merum, noo quia non fit coniunctum cum aliis rebus, quæ certe adiunctæ esse possunt: sed quia non fit coniunctum cum iurisdictione, de qua quæritur in potestate magistratus, & ex cuius comparatione ita tractatur de imperio, ut aut id tribuatur iurisdictioni, aut ab ea removeatur. Hoc ita sensisse veteres, qui huic imperio nomen imposuerunt, licet facile intelligere ex imperio misto, de cuius etymologia constat. Nam imperii genus dividitur in merum & mistum. *L. 3. D. de iurisdict.* qua io divisione sic opponuotur inter se merum & mistum, ut merum dicatur, quod non elt mistum, *d. L. 3.* & contra mistum quod non elt merum *L. ult. D. de offic. eius*. Ut oon dubium fit, quin qua ex re admista imperium dicitur mistum, eadem detracta dicatur merum. Atqui mistum dicitur, quod mistum est non cum aliis quibuslibet rebus, sed cum iorisdictione; sive quod iurisdictioni adiungatur imperium, ut illa consistat: *L. ult. D. de off. eius*. Sive quod iurisdictio insit imperio, ut dicitur inesse in *d. L. 3. de iurisdict.* Necesse est igitur merum imperium id intelligi, quod non elt mistum cum iurisdictione, seu quod per se solum elt, seiunctum a iurisdictione. Hactenus verbi etymologia.

XXII. Nunc quam fit in re, quod dicitur non esse id imperium coniunctum cum iurisdictione, cognoscamus. Certe ab initio constat ita fuisse comparatum hoc imperium, ut cum iurisdictione nihil commune haberet. Idque ita demonstratur. Necesse est id imperium videri maxime a iurisdictione separatum, oec quidquam cum ea coniunctum habere, quod ita constitutum est, ut iurisdictio, quanvis somma, habeatur in magistratu sine hoc imperio; & contra habeatur hoc imperium sine iurisdictione magistratus. Atque apud Romanos ab initio cum constitoti sunt magistratus, tale hoc imperium fuit. Nam qui primi apud eos exactis regibus creati sunt summi magistratus Consules, etsi summam iurisdictionem haberent, tamen sine 45 hoc imperio fuerunt. His enim cæteris in rebus summum ius datum: hoc exceptum, ne possent in caput civis Romani animadvertere ioiussu populi. Actor Pomponius in *L. 2. §. quod ad magistratus. D. de orig. iur.* E converso qui hoc imperium atque hanc animadversionem habuerunt apud Romanos, iudices tantum fuerunt, nullo alioqui præditi imperio, nulla 46 iurisdictione, qui cum res & crimen aliquod postulabat, extra ordinem constituebantur a populo quæsitores maleficii, id est qui in crimen inquirerent, & de eo iudicarent: qui inde quæstores parricidii dicebantur: auctor idem in *d. L. 2. §. deinde cum, D. de orig. iur.* Quare ne dubitemus ius gladii animadversionisque in facinorosos homioes recte & ex re ipsa ideo appellatum esse merum imperium, quod per se esset & consisteret sine iurisdictione hoc imperium: aut si apod aliquem esset iurisdictione præditum, non ideo tamen esset, quia ius iurisdictionem haberet: sed qoia extrinsecus esset illi specialiter lege delatum. XXIII.

& opponitur *d. L. 1. pr.* versic. *cum alias*, & notioni nudæ iudicis dati comparare, quia & privatis ea committebatur. Et ut iudex a prætore datus formulæ adstrictus pro arbitrio non agit; ita hic ei, cui quæstio publica a populo vel principe commissa, adamussim servanda, quæ speciali iussu præcepta sunt, nec amplius licet quam ille largitur, ut & hic, æque ac in mero imperio, vid. *supra N. 40.* a simili vel maiori argumentari non liceat. Tametsi si quis eius, cui caussarum criminalium universitas cognoscenda delegata est, iurisdictionem criminalem nominare malit, ei pertinacius obloqui nolim; modo hoc teneat, iurisdictionem illam non stricto sensu vocari, uti ordinaria, quæ iure magistratus habetur, sed latiori, uti extraordinaria, vid. *supra N. 90.*

45) Intellige post legem Valeriam. Priusquam enim ea potestas Consularis incisa & ad modum redacta duplici via provocationis & intercessionis, liberrimum apud eos & regium, ut Cic. 3. *de LL.* imperium; in hoc tamen distans quod duobus commune, & annuum, non perpetuum, vid. Epis. *de Magistr. vet. pop. Rom. Cap 7.* Cuiac. *ad L. 2. §. 16. de O. I.* Muret. *ibid.* Coras. *ad Rub. D. de senat. in scholiis n. 2.* A. Guib *Lib.* [illegible] *var. Cap. 11. n. 13.* P. Greg. 47. *Synt.* 15. Cabot. 2. *Disput.* 4. Io. Steph *Lib. 3. Cap. 3. n. 2. & 3.* Relictum vero illis ut coercere possent *d. §. 16.* Unde Govean. *ad L. 3. hoc tit. n. 23. & seqq.* Consules reliquam animadversionem, excepta suprema capitali, retinuisse, quia *coercitio* absolute graviorem denotet. Sed Cuiac. *in d. §. 16.* accipit de coercitione modica, quæ iurisdictioni tacito iure cohæret. Male autem post Gillot. Marta *de iurisdict. P. 1. C. 36. n 18.* summum ius habuisse consules *d §. 16.* id est iudicationem criminum, & sententiæ dictionem, non vero summam potestatem, seu vim exsequendi *d. L. 2. § 23.* Nam in *d. §. 23.* ius dicere de capite vetantur: quibus verbis cum primis iudicatio venit, Muret. *ibidem*. De consulum iure, officio, ac potestate Cuiac. *ad L. 99. de V. S.* singulatim quæ de eo in libris nostri iuris habentur persequens, Ioach. Steph. *Lib. 3. de iurisdict. Cap 9. n. 6. & seqq.*

46) Hinc iudex quæstionis distinguitur a magistratu *L. 1. §. 1. ad L. Corn. de sicar. L. 132. in fin. de V. S.* Unde Cuiac. 15. *Obs.* 39. & 21. *Obs.* 30. & *ad L. 8 §. 18. de transf. ad L. 70. de R. I.* & *ad d. L. 131 §. 1.* merum imperium ac ius gladii privatis fuisse commissum, & Cabot. 2. *Disput.* 5. Sc. Gentil. *Lib. 3. Cap. 19.* Bocer. *Cap. 1. n. 19 & Cap. 3. n 16* Quod tamen negat Snecan. *Rep Lect. Cap 6* (1) quia id non verosimile (2 quia ei, qui cum imperio est, privatus opponitur *L. 3. de off. præf.* Putat igitur, cognitionem de veritate criminis, sive publici iudicii exercitionem, aut, ut Oorecht vocat, criminalem iurisdictionem solam illis mandatam fuisse. Quod verius puto. Et ita Muret. *ad d §. 23.* non licuisse illis supplicium irrogare, sed inquirere, ac vel absolvere vel pronunciare videri fecisse, tunc referri solitum ad populum, quem & vid. *de iurisd. p. 141. & seqq.*

XXIII. Postea mutata res est, cœpitque ordinario iure hoc imperium atque hæc potestas animadvertendi tribui [47] prætori & præfecto urbi Romæ, [48] præsidibus in provinciis. *L.* 1. illic, *etsi a familia*, *D. de off. eius.* *L. illicitas*, §. *qui universas*, *D. de off. præs.* *L. solent*, in princ. *de off. proc.* *L.* 1. §. 1. *D. de pæn.* *L. inter*, *D. de interd. & religios.* quo factum est, ut idem haberet gladii potestatem, qui & præesset iurisdictioni; atque ita quodammodo iungeretur iurisdictioni hoc imperium. Qua ratione etiam exercitio iudicii publici quæ magistratibus isto modo lege delegari cœpit, dicitur Papiniano esse iurisdictionis, & cum ab his mandatur, mandari ipsorum [49] iurisdictio. *L.* 1. in princ. *D. de off. eius.* Sed re mutata mansit nihilominus imperii meri nomen, quo etiam nunc illa gladii potestas, omnisque coercitionis constanter appellatur. *d. L.* 3. *D. de iurisd.* *L.* 1. §. 1. *D. de off. eius.* Quod novum non est in usu iuris: in quo constat multa verba certa ex re & caussa ab initio nata esse, quæ quanvis res mutetur postea, retineantur tamen, ut origo intelligatur. Exemplo sint ex innumeris fideicommissa; quæ ita dicta sunt ex re, quæ initio fuit; quia scilicet initio pendebant ex fide sola eorum, a quibus relinquebantur. Postea in necessitatem iuris transierunt, ut iam ex fide eorum qui rogati sunt, non magis pendeant, quam legata. Sed nihilominus nomen mansit re mutata, ut declaratur *Institut. de fideicommiss. hered.* in princ. Idem plane in imperii meri verbo accidit: quod ab initio seiunctum a iurisdictione, id est, non iis delatum qui iurisdictionem haberent, inde merum & solum imperium dictum est. Cœpit postea tribui magistratibus, & his solis, atque hoc modo iungi cum iurisdictione. Sed cum eadem potestas esset quæ olim, etiam in magistratibus nomen vetus retinuit. Quanquam hoc imperio magistratibus tributo, non penitus disiunctio istarum rerum vetus sublata est. Sic enim illis magistratibus imperium merum tribui cœpit, non ut tribueretur [50] propter iurisdictionem, sed quia personæ talium magistratuum præci-

pue

47) Duar. 2. *Disput.* 53. legibus latis primo a L. Pisone, deinde a Cornelio Sylla quæstiones publicas ac perpetuas constitutas, & prætoribus in universum rerum capitalium quæstiones demandatas fuisse. Verum ex omni prætorum numero sorte electos certos quosdam, qui ea iudicia exercerent, cum reliqui iurisdictioni præessent. De quo vid. Cuiac. *ad L.* 2. §. 32. *de O. I.* Cabot. 2. *Disp.* 7. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 8. & *n.* 36. & *Lib.* 3. *Cap.* 5 *n.* 3. ubi, non habuisse eum, scribit, quatenus prætor, sed cum quæsitoribus parricidii præfedisse in publicis iudiciis, & eorum caput habitum, qua de re confer Pollet. *Lib.* 3. *Histor fori C.* 7.) & *n.* 28. *ac seq.* Confer Forst. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Rom. C.* 1. *n.* 14. qui prætores hos non de omnibus delictis cognovisse, statuit. Charond. *de Iurisdict.* *n.* 13. & *seqq.* Bodin. 3. *de Rep.* 5. qui nudam legis actionem habuisse non gladii ius, Muret. *pag.* 142. & Govean. *ad L.* 3 *hoc t.* *n.* 11. qui quæstiones pub. prætores hos exercuisse iure autem animadversionis, seu mero imperio caruisse, Bocer. *C.* 8. *n.* 62. & *seqq.* Matth. Steph. *Lib* 1. *Cap.* 1. *n.* 27. *&c.*

48) Govean. *in L* 3 *hoc t.* *n.* 27. præsides & proprætores in provinciis habuisse quoque imperium merum, etsi Prætori in urbe non fuerit: sed non iure sui magistratus. Necesse enim fuit illis concedere istud, cum populus ipse Romanus, utpote absens, non potuerit in provinciis sententiam ferre aut exsequi, vid. Mur. *de Iurisd. p.* 143. & *seqq.* Quibus autem fuerit olim merum imperium ne nimis hic prolixus sim, consule Govean. *ad d. L.* 3. *n.* 11. & *seqq.* Scipion Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 13. & *seqq.* Ioach. Steph. *Lib.* 1. *C.* 8. Matth. Steph *Lib.* 1. *Cap.* 11. Obrech. *Cap.* 6. Hae de re quinque conclusiones tradit Muscorn. *n.* 60. & *seqq.* iuri, ut putat, consentaneas, sed, ut mihi videtur, nostro forsan ævo magis, & ex parte, accommodas. An concessa iurisdictione merum imperium concessum? vid. Duar. *ad L.* 3. *hoc tit.* qui quæstionem facti esse positam in voluntate principis, ea coniecturis colligendam, Baro *de iurisdict.* *f.* 36. Vasq. *ill. Contr.* 3. *n.* 9. & *seqq.* Muscorn. *de iurisdict.* *n.* 17. & *seqq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 29. *n.* 13. & *seq.* Obrech. *d. C.* 1. *n.* 40. & *seqq.* & *Disput.* 7. *Th.* 39. & *seqq.* Niel. *Disput. feud.* 3. *Th.* 5. *lit. A* *&c.*

49) Ita Bocer *C.* 1. *n.* 17 Muscorn. *n.* 12. Sc. Gentil. *Lib* 1 *C.* 2. Alii non quidem merum imperium, sed publici iudicii exercitionem ab eo diversam, ut *supra N.* 44 vocari ibi iurisdictionem, Io Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 15 Obrecht. *Disput.* 6. *n.* 45. Sed verius est illis verbis *iurisdictionem mandant*, nec meri imperii, nec criminalis cognitionis mandatum denotari, quod de facto contra ius processerit, verum errorem magistratuum coargui, qui dum exercitionem illam delegatam habent, & ita legis beneficio, tanquam suæ iurisdictioni, quam iure sui magistratus habent, competeret, sufficere putant ad hoc, ut usum illius alii conferant, si iurisdictionem generaliter mandent. Qui duplici modo errant, & quod iurisdictionis nomine abutuntur, & quia quod mandari nequit, in alios translatum volunt, ut post A. Vaccam. Muret. *ad d. L.* 1. *pr.*

50) Licet Cuiacius *in* 2. §. *deinde cum aerarium* 12. *de O. I.* quod in aliis merum, in Prætoribus iudiciorum publicorum, & quibuscunque capitalium rerum iudicibus, a principe populove constitutis velit esse mistum. Magistratus hodiernos non habere merum imperium, quia misto insint omnia, quæ olim erant meri. Et *ad L.* 131. *de V. S. in fin.* quod olim merum, hodie mistum dici posse, & iure magistratus dari, & Suerin. *Repet. Lect.* *Cap.* 6. *pag.* 23. ac Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 302. Quod refellit exactius Sc. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 26. multa in hoc peccata Cuiacii recensens, add. Cabot. 2. *Disput.* 7. Io. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 77. & *n.* 80. ubi scribit, non habere hoc magistratum ex natura officii, nec posse plus minusve faciendi licentiam sibi sumere, quam quæ specialiter concessa, Confer. Muret. *de Iurisdict.* *pag.* 144. & *ad d. C.* 1. *pr. de off. eius.* Immo nec iure Canonico aliud dicendum, & nec id caussas meri imperii mandari permittit, ut contra DD. vulgo volentes omnis, quæ cognitionem admittunt, delegationem recipere, cum quibus P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 8. Decian. *Tr. crim* *Lib.* 4. *C.* 25. *n.* 2. Rosbach. *Process.* *Tit.* 2. *n.* 33. pluribus firmant Covar. 3. *Var. Resol.* 20. Scipio Gentil. *Lib.* 3. *C.* 29. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 68. Obrecht. *C.* 5. *n.* 20. Muscorn. *n.* 132. quia loci, quos adversarii adducunt, loquuntur de principe ipso mandante, de quo nihil nuquam dubit. Quanvis Bocer. *C.* 6. *n.* 27. scribat nullo quidem textu eorum, quos producunt DD., probari, ab nullo etiam prohiberi hanc delegationem, probari autem *C. nit. de off. ord.* *Cap. licet de off. vicar. in* 6. *Clem.* 1. §. 1. *de haret.* quos locos de casibus specialibus accipiendos, negat. Et *n.* 28. ex consuetudine hodie mandari, cum sub magistratus nomine detur, & officio adnexum sit. Quod usu notissimo servari, in eoque, modo generaliter & specialiter deferendi sublato, nihil dubii esse, scribit Paurmeist. *Lib.* 1 *C.* 24. *n.* 22. add. Otbo Meland. *Comment. Cameral.* *P.* 1. *fol.* 40. Quin, hodie unam meri imperii speciem gradumve sibi competere, probans, eodem iure reliquos sibi asserit, vid. Thom. Mich. *de Iurisd. Concl.* 85.

pue idoneæ esse visæ sunt, quibus criminum exsecutio committeretur, quæ & maleficia persequi sine metu, & comperta iustis pœnis subiicere propter vim imperii facile possent. Ita mansit hoc etiam temporibus Papiniani, & Ulpiani, ut verum esset hoc imperium non esse iurisdictionis, id est non esse cuiusquam, quia iurisdictionem haberet, sed ita demum, si ei specialiter lege tribueretur. Qua caussa etiam tunc manente, recte placet ne sic quidem id imperium mandari posse. Addita tamen hic exceptio est, ut exercitionem iudicii publici, seu merum imperium non possit magistratus mandare, nisi [51] abesse cœperit, *d. L.* 1. in princ. *D. de offic. eius*.

XXIV. Tutoris datio ab initio ex eodem genere fuit. Nam de ea, ut supra quoque retulimus, ita scriptum est in *L. muto*, *§. tutoris*, D. de tut. *tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps*. Dixi iam ante horum verborum hanc sententiam esse; tutoris dandi ius nulli competere ob id, quod iurisdictionem habeat, aut imperium; quasi tutoris datio res sit iurisdictionis, aut imperii, ut cui hæc competant, etiam ea competant, quæ sunt iurisdictionis aut imperii species; sed solum ita, si cui specialiter lex dederit. Verum hoc ab initio ita fuit, cum nondum cuiquam magistratui nominatim ius dandi tutoris datum esset. Qua ratione tutoris datio ad hoc genus recte refertur. Postea magistratibus tutoris datio concessa est. Ex quo & iurisdictionis eorum pars esse cœpit. Atque hac rursum de caussa videtur ad superius genus non male

51) Ex qua tamen caussa, non exsequendi ius ac merum imperium ipsum, sed solam cognitionem mandari, dicendum est, quomodo Bald. *ad L.* 2. *Cod. de ped. iud.* (ref. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *sub fin.*) & Cuiac. *QQ. Papin. ad d. L.* 1. *de off. eius*. post Bart. *ibid.* n. 5. *&* *ad L.* 1. *de off. assess. in fr.* Quod probo ex verbis *d. L.* 1. *princ.* (1) quia dicitur hoc casu exercitio publici iudicii mandari. Quæ alia est ac per se seiuncta a mero imperio, licet æque speciali iure competat, vid. *supra N.* 44. (2) in *v. ult. d. pr.* habetur *cognitionem, &c. non mandari*, uti & in *L.* 1. §. 8. *ad Turpill.* (3) Quia §. *seq.* 1. traditur merum imperium *non posse* transire, quæ verba omnem exceptionem ac casum specialem abnuunt, arguuntque ipsum per se imperium merum delegationem respuere, sicuti & caussæ illæ, de quibus *supra N.* 30. *&c.* quas ullo absentiæ aliove casu mandatas fuisse, non legimus. (4) Quia sequitur *nemo dicit* legatum animadversionem habere, mandata iurisdictione. At publici iudicii exercitionem habere, cui mandata est iurisdictio, multi dixerunt, quos erroris convincere necesse habuit IC. *d. L.* 1. *pr.* Inconvincibile ergo *exercitionem*, de qua *d. pr.* mandari casu absentiæ dicitur, ab animadversione & exsecutione aliam esse. (5) Apertissime hoc probat *Nov.* 128. *Cap.* 20. Etsi enim loquatur de vicariis præsidum institutis priusquam in provinciam venerint, (unde nil sibi obstare putat Scip. Gent. *d. C.* 28.) *in fin* tamen *d. C.* 20. diserte cavetur idem servandum, si quis magistratus provincialis iussione principali in aliam regionem mittatur. Qui certe casus est absentiæ maxime necessariæ. Denique ratione iuris moveor, quæ vel si sola, satis efficax: merum imperium non proprio, sed mandati ac veluti precarii iure haberi, *supra* firmavi *h. C. N.* 37. eodemque modo publici iudicii exercitio, quæ Obrechto vocatur, criminalis iurisdictio. Ergo sicuti cui mistum imperium vel per se mandatum vel cum mandata iurisdictione obtigit, cognitionem quidem nudam, iudice dato, delegare potest *infra C.* 23. ast exsequendi facultatem concedere nequit *supra h. C. N.* 11. nullo absentiæ casu excepto: ita multo minus gravioris animadversionis iussus, qui æque, non suo iure habetur, ut in alium transeat, ulla absentiæ aliave probabilis, aut necessaria ratio efficere potest. Nec ullo casu id alii tribuendum, quam cui princeps, penes quem summa rerum est, mandavit. Et gravitas caussarum criminalium facit, ut minus hic liceat in delegandа cognitione, quæ admittitur solo absentiæ casu: non autem ut plus liceat in mandanda ipsa exsecutione, quæ nec civilium caussarum ei, qui mistum imperium ex mandato hominis obtinet, permissa. Non probo idem, ex *L.* 6. *pr. de off. procons.* quo potissimum movetur Cuiacius, quia non ibi publici iudicii exercitio tota, sola exsecutione reservata, mandatur, sed institutio processus sine sententiæ dictione, Obrecht. *C.* 6. *n.* 35. Ac *extraordinarium* ibi ratione personæ legati, in quod id singulare *L.* 1. *C. de off. procons.* non vero quod fiat præter ordinarium & consuetum morem ex speciali caussa; sic enim repugnaret verbum *solent*. Diss. post alios Scip. Gentil. *Lib.* 3. *C.* 28. quod publice intersit supplicia sontium non diu differri. Quæ ratio si tanti est: etiam ante adventum in provinciam, inprimis si mora diuturnior, valere debet, quod Gentilis ipse negat, per *Nov.* 128. *C.* 20. Nec certe tanti est, ut rationem illam fortiorem vincat, qua nulli in caput civis animadversio conceditur, nisi qui habeat ab eo, cui ius vitæ & necis est vi supremæ maiestatis. Delicta puniri summe interest reipublicæ, legesque ac regulas iuris vitari posse, ne impunia reddantur, largior. Unde & perquisitio facinorosorum & comprehensio municipalibus magistratibus concessa. At tanti interesse citius puniri, ut propterea alii, quam qui ad hoc publica auctoritate constitutus est, exsecutio deferri debeat non largior, quia rationem contra facere perspicio. Sed num hoc speciale in casu violentiæ, ut cognitio mandetur, ex ea caussa. Ita Muret. *ad d. L.* 1. *pr.* ad alia iudicia publica transferri non debere per *L.* 14. *de LL.* & Bronc. 1. *Ass.* 56. Bocer. *C.* 6. *n.* 23. Obrecht. *C.* 5. *n.* 5. *&* *n.* 23. verum Scip. Gentil. *Lib.* 3. *C.* 28. id ad omnes caussas ac species meri imperii & ius ipsum capitalis animadversionis pertinere, putat, probari, ex *L.* 1. §. 8. *ad Turpil.* *L.* 2. *Cod. de pœn.* *L.* 3. *C. Ubi fisc. cap.* *L.* 4. *C. ad L. Fab. de plagiar.* *L.* 23. §. 1. *de appell.* quas LL. producit quoque Hotoman. 3. *Obs.* 4. Sed *d.* §. 8. sane ad alias cognitiones pertinere arguit, reliquæ vero leges loquuntur non de eo, cui mandata iurisdictio, sed qui vicem præsidis tuetur, cuius iurisdictionem ordinariam esse, ipse Gentilis alibi contendit, vid. *h. C. N.* 9. Idem esse si magistratus ad iter se præparet vel reversus mox discessurus, arg. *L.* 15. §. *ult.* *Ex quib. ca. mai.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 38. *& seq.* Ac quia infirmitatis, eadem quæ absentiæ ratio perhibetur *L.* 8. §. *ult.* *cum L. seq. de Procur.* *L.* 18. *pr. de iudic.* *& simil.* inde & ex ea caussa mandari, concedunt post Cyn & Bart. *n.* 11. Muret. *in d. L.* 1. Obrecht *C.* 5. *n.* 4 Bocerus *C.* 6. *n.* 22. Quod alii rectius negant, Muscorn *de iurisdict.* *n.* 137. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *p.* 448. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18 *n.* 46. *& seqq.* tum quod exceptio iuris auctoritate destituta, nec argumenta a simili in his, quæ meri imperii procedunt, vid. *h. C. N.* 40. tum quod imo nec eadem est ratio in proposito, cum hic consilium prudentis & vigor animi potius requiratur, quam virium firmitas. Ergo, per *L.* 2. §. *penult. de vacat. mun.* Cæterum occupationum multitudini non idem tribui, receptius est, Muret. *d. lo.* (post Bart. *ibid.* *n.* 12. qui tamen *n.* 13. excipit nisi ipsis criminalibus nimis occupatus unam caussam deleget) Obrecht. *C.* 5. *n.* 5. M. Steph. *d. C.* 18. *n.* 57. Scip. Gentil. *d. C.* 28. qui hoc probat per *L.* 2. *Cod. de ped. iud.* quia ex hac caussa tantum in civilibus nec iis omnibus delegatio licita. Quæ ratio, etsi sententia vera, non apprime apta. Nec enim eadem omnino mandandæ iurisdictionis & iudicis dandi ratio. Quin illud aliquando licet ubi hoc non licet, ut *supra h. C. N.* 35.

le posse referri, ut & ante retulimus. Quod tamen hac lege fieri volumus, ut meminerimus hanc potestatem magistratui tributam non propter iurisdictionem priorem, quam habuit, sed tantum ideo, quia illi ea potestas lege specialiter data est. Unde & hoc ius manebit, ut ex superiore definitione Papiniani mandari non possit. Ex his summam hanc effici reperiemus eorum, quæ in universa potestate magistratus mandari possint, aut non possint: ut possint mandari omnia, nisi si quid aperte lex mandatum nolit. Ex hoc autem genere esse hæc quinque; in criminibus quidem criminis executionem, seu gladii & coercitionis potestatem, sive quod idem est, imperium merum. In cæteris autem civilibus caussis illa quatuor extra iudicium, quæ ante posuimus, quæ ex superiore genere repetenda sunt.

XXV. Atque hæc potestas est mandandæ iurisdictionis, sive in personis quæritur quis cui mandare possit: sive in rebus & partibus iurisdictionis, quæ possint mandari. Quæ cum omnia ita constituta erunt, ut possit recte mandari iurisdictio, proximum est ad mandatam iurisdictionem habendam, ut pro ea potestate mandata sit. Unde sequens quæstio, an sit mandata. Mandatam intelligemus, si quibus modis mandari solet; hi intervenisse probantur, ut quæstio in eo sit, quibus modis iurisdictio mandati intelligatur. Et proprie mandari tum intelligitur, [52] cum ipso mandandi seu committendi verbo magistratus usus est, ut diceret se mandare aut committere alicui iurisdictionem suam. Idem est, si quis in eo mandati huius definitione sit usus: veluti, si dixit se dare alicui iurisdictionem suam exsequendam, aut exercendam. Hoc enim proprium mandatæ iurisdictionis. *L. 3. D. de offic.* aut si dixit se constituere Titium, qui obiret in iurisdictione suas partes; seu qui partibus suis aut vice sua fungeretur: & ut vulgo loquuntur, se constituere Titium suum locumtenentem. Nam & hoc proprium huius mandati *L. solet, D. de iurisdict. d. L. 3. de offic. eius.*

XXVI. Quod si qui mandare iurisdictionem poterat, dum ad alium potestatem suam transferre vult, dixit se ei iurisdictionem dare, aut se eum dare vel constituere iudicem: neutro modo proprie dixit idem, quod mandare iurisdictionem, sed tamen interdum utroque modo mandari iurisdictio intelligitur; interdum contra: utrumque prout est voluntas & potestas loquentis: de quo ex persona eius statuendum est. Interest enim, utrum magistratus sit, an princeps qui loquitur. Magistratus si dixit se alicui iurisdictionem suam dare, mandasse intelligitur. [53] *L. 4. D. de offic. eius.* Non sane ex proprietate verbi: nam dare est dominium a nobis exercitum in alium transferre. *§. sic itaque, Instit. de act.* quod magistratus in iurisdictione transferenda facere non potest, ut initio ostendimus. Sed ex eo, quod pro condictione personæ fieri potuit. Nam potuit magistratus ita dare iurisdictionem suam, ut propriam accipientis faceret. At potuit hactenus dare, ut transferret tanquam mandatam. Restat igitur, ut in iurisdictione tantum intelligatur dedisse: quod amplius est, pro non adiecto habeatur. *arg. in L. placuit, D. de usur.* Quod si magistratus tantum dixit se iudicem dare, fecit id quod verba significant, iudicem solum dedit: iurisdictionem ei non mandavit. Argumento est, quod iudicem datum placet alium iudicem dare non posse. *L. a iudice, C. de iud.* Quod sane contra esset, si iurisdictio esset ei mandata. Quoniam iudicis dandi potestas est iurisdictionis. *L. 3. D. de iurisd.*

XXVII. Horum utrumque contra, si quid eorum princeps fecerit. Princeps si dixit se alicui in illa aut illa caussa iurisdictionem dare, iurisdictionem [54] propriam fecit

52) M. Steph. *Lib. 1. C. 19.* Quibus verbis fiat? Decian. *Lib 4. Tr. crim. C. 52. n. 19.* Paurmeist *Lib. 1. C. 24. n. 13.* Necesse autem est ut delegatus exhibeat literas mandati, sine quibus illi non creditur *C. cum in iure 31. de off deleg.* Menoch. 2. *Præs. 15.* P. Greg 47. *Synt. 22. n. 15.* Rosbach. *Process Tit. 5. n. 21 & seq.* Rulant. *de Commiss. P. 1. Lib. 5. Cap. 2* Et exemplum commissionis citationi inserendum, de quo Maranta *Specul P. 4. Dist. indic. 59. & in Addit. ibi* P. Folier. *n. 60.* Sc. Gentil. *Lib. 2. C. 23.* Io. Monach. *C. 6. n. 13. & seq.* Matth. Steph. *Lib. 1. L. 37. n. 3. & seq.*

53) Ubi propria dicitur, ratione mandantis scilicet, non legatorum, Muret. *ibid.* Camil. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib. 1. C. 8. n. 7.* & Sc. Gentil. *Lib. 2. C. 10 pag. 2.8.* A quo cavendum, dum *Lib. 2. C. 12. pag. 326.* scribit, nusquam iurisdictionem dari a magistratu, sed semper mandari, quod *d. L. 4.* refellit.

54) M Steph. *Lib. 1. C. 19* Sc. Gentil. *Lib. 2. C. 26.* Idemque morte principis non extinguitur, sicuti si mandata esset. Cassiod. *Lib. 8. Variar. Tu vicarius diceris & tua privilegia non relinquis, quando propria est iurisdictio, quæ datur a principe.* Quando autem princeps ordinariam concessisse iurisdictionem censeatur, quando delegatam, si verbis mandati & commissionis usus, Bart. *ad L. 5. de iurisd. n. 1.* pluribus Menoch. 2 *Præsum. 16. n 23. & seqq.* Quid si mandet princeps magistratui, quod iam ante illius est officii? Non mandata iurisdictio, sed quam habet, excitata aut diligentius iniuncta censetur. Quare in ea caussa ab illo magistratu non appellabitur princeps, sed proxime, si qui alius est, superior *Cap. licet 12. de off. ord.* Matth. Mathesilan *singul 89. ibique in addit.* Gabr. Sarayna, Matth. Steph. *Lib. 1 Cap. 16. n. 54.* Sc. Gentil. *Lib. 3. Cap. 12. pag. 235* Bodin. 3. *de Rep. 2. n 204.* Nec placet quod Decian. 4. *Tr. crim. 25 n. 16.* magistratum tunc duplici potestate fungi, ordinaria & delegata. Sic quando Imperator Cameræ imperiali caussas specialiter delegat, ordinariam tamen iurisdictionem exercet, post Heig. *P. 1. Q. 9. n. 35.* Matth. Steph. *Lib. 2. P. 1. C. 1. Membro 2. n. 226.*

fecit eius cui dedit, non mandatam. Nam & verbum dandi id significat, ut ex verbo proprium facere voluisse intelligatur: & quod voluit hic potuit facere: non item magistratus. Sed & iurisdictionem propriam fieri placet, eum lex eam defert. *L. & quia, D. de iurisd.* Principis autem voluntas lex est, seu legis vim habet. *L. 1. D. de const. princip.* Quare & hæc voluntas iurisdictionem accipientis propriam fecerit, non mandatam. Effectus hic est, ut quanvis principe mortuo maneat iurisdictio eius qui acceperat: quod contra futurum erat mandata iurisdictione. *d. L. & quia, de iurisd.* Rursum si princeps verbis iudicem tantum dedit, non solum iudicem dedisse, sed rei iurisdictionem ei mandasse intelligitur: quod effecta huic iudici tributa probant. Nam hunc non fungi solum munere iudiciario, sed & iudicis dandi potestatem habere traditur in *L. a iudice, C. de iudic. L. unica,* in fin. *D. qui pro sua iurisd. iud. da.* Habet ergo iurisdictionem iudex a principe datus: iudicis etenim dandi potestas iurisdictio est, ut ante dixi, *d. L. 3. de iurisd.* & præter notionem nihil est quod sit in iudice, nisi iurisdictio. *L. 5. D. de re iud. L. ult.* in pr. *C. ubi & apud quem cog. in int. rest. agi sit.* Hoc amplius quo magis iurisdictionem in iudice a principe dato agnoscere liceat, quemadmodum dato a magistratibus iudice ipsi magistratus appellantur, qui eum dederunt, non autem superior magistratus: *L. 1.* in pr. *L. ult. D. quis a quo app.* ita si quis iudex a principe datus alium dederit, ab huius posterioris sententia appellatur is qui eum dedit, non princeps. *d. L. unica,* in fin. *C. qui pro sua iurisd.* Habet autem iurisdictionem iudex a principe datus non propter verba quæ id non significant: non etiam propter auctoritatem & amplitudinem eius, qui dedit (quid enim, si princeps nollet deferre iurisdictionem?) sed quia ea mens est principis caussam aliquam delegantis, ut totius rei diiudicationem, & exsecutionem iudici a se dato committat. Idque existimari par est vel propter occupationes principis: vel quia eiusmodi cognitio & exsecutio inferior est maiestate principis. Sed cum iudici a principe delegato dederimus iurisdictionem, hanc mandatam accipere debebimus, non [55] propriam iudicis dati. Absurdum enim videtur plus tribui ei quem iudicem dumtaxat princeps dederit, quam ei cui mandarit iurisdictionem. Huic autem nemo dicet plus tributum esse quam iurisdictionem mandatam. Quamobrem & hæc non solum revocante, sed & mortuo principe finietur: de quo mox. *L. & quia, de iurisd.* Eveniet hinc etiam, ut iudex a principe datus pro sua iurisdictione dare possit iudicem, ut constitutum est; ipsam autem iurisdictionem suam alii mandare [56] non possit: effectum est enim supra mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri neminem posse. *L. ult. D. de off. eius.* Et hoc est, non poterit iudicem ita dare, ut ab eo datus sententiam suam exequi possit, quod est iurisdictionis. *L. a Divo,* in pr.

55) Ita & Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 26. *&* C. 27. *p.* 300. cuius tamen argumentum laborat vitio. Si propriam, ait, haberet iurisdictionem mandare posset, & ab eo, cui mandasset non ipse, sed princeps appellaretur. Iam vero si iudicem alium dederit, ab eo ipse appellatur, non princeps. Ergo. Mala illatio: nam nec a iudice dato ab eo, qui propriam habet iurisdictionem, alius appellatur, quam qui dedit *L. ult. Quis a quo appel.* Quanquam nec sibi satis constat Gentil. dum *Lib.* 2. *C.* 3. ceu singulare notat, quod iudex a principe datus habeat iurisdictionem (propriam & ordinariam, de qua sola eo capite tractat) etsi magistratus non sit; Sane si ad universitatem caussarum vel in certo territorio iudicem dederit princeps, iurisdictionem ei propriam fecisse, volunt Bocer. *Cap.* 6. *n.* 31. Sc. Gentil. *d. Cap.* 26. Sed etsi delegatus sit, superior tamen in caussa sibi commissa quovis ordinario *C. pastoralis* 11. §. 1. *de off. ord. C. sane* 11. *de off. deleg.* Facit *L.* 18. §. *de min.* quod quidam intelligunt ratione dignitatis, non firmitatis, ut Maranta *Disput.* 1. *n.* 3. de quo tamen utroque multum disceptat Camill. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 2. *C.* 3. *&* 3. *seqq.* Fachinæ. 12. *Contr.* 84. *& seqq.* Multaque ipsi singularia Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 27. Nam & exsecutores & apparitores proprios habet ex constitutione Zenonis *L. pen. C. de fruct. & lit. expens.* ex Basil. restituta a Cuiac. 12. *Obs.* 1. Et sententiæ igitur exsecutionem, vid Sc. Gent. *Lib.* 2. *C.* 30. *pag.* 327. *& seq.* ubi contrariis occurrit Adversus eius sententiam solus princeps in integrum restituit *d. L.* 18. §. *pen.* in quo summo magistratui æquatur, cum adversus sententiam præsidis restituat præfectus prætorio. Et potest hic per edictum citare, *Nov.* 35. *Cap.* 4. vers. *si vero etiam*, nec apud eum litigantibus ulla personæ præscriptio obiicitur, si recte Gentil. *d. C.* 27. Non in eadem caussa esse delegatum ducis, marchionis, Episcopi, post Bart. & alios, Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *p.* 445. quia eorum constitutiones pro edictis prætorum habeantur.

56) Etsi vulgo contra statuant, ut *supra N.* 11. Adeo ut & caussas meri imperii eum subdelegare posse plures velint. Quod si de iudicis datione intelligatur, Donellus *infra Cap.* 23. *n.* 13. admittit. Sin de mandata vel publici iudicii exercitione vel animadversione ipsa, utique falsum est. In quo gravissime labitur Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *pag.* 444. iudicem hunc mandare posse merum imperium. Nam si nec magistratus cui merum imperium constitutione principis tributum est, seu cui universas caussas capitales cognoscendas & exsequendas dedit princeps, mandare executionem unquam potest *L.* 1 *de off. eius*, absurdissime certe hæc potestas permittitur iudici caussæ, forte uni capitali a principe dato. Nunquid plus dabimus ei, cui tantum mandatur merum imperium, & quidem non expresse, sed interpretatione, cum verbis minus adhuc dixerit, quam cui lex (vel princeps, lex animata) *dandi* verbo usa, tribuit. Imo sic semper merum imperium mandari poterit, cum nec haberi possit, nisi a principe, id est eo qui statui præest. Uti in statu populari apud Romanos tribuebatur a populo vel a Senatu nomine & vice populi, in monarchico ab Imperatore. Sed piget in re manifestaria plura profundere. Miratique subit eos qui nobiscum iudicem hunc caussas meri imperii subdelegare non permittunt, alienas fere & longe quæsitas rationes, omissis in medio positis, sectari, vid. Menoch. *Arb.* Q. 54 *n.* 3. *& seqq.* Fach. 1. *Contr.* 47. *&* 12. *Contr.* 98. Muscorn. *de iurisdict. n.* 136. *& seqq.* M. Steph. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 58. *& seqq.*

in pr. *D. de re iud.* aut ſi ab iſto ſecundo iudice provocatio ſit, quin appelletur judex qui eum dedit, non princeps, contra quam tamen fieret, ſi ſecundo iſti iuriſdictio eſſet mandata. *L. 1. §. 1. D. quis a quo app.*

XXVIII. Mandata recte iuriſdictione ſequitur tertium, ut mandata tranſeat, quo translata habeatur. Hinc tertium quæri diximus, mandata iuriſdictione quid tranſeat, & quatenus. De quo ex mandato ſtatuendum eſt. Nam magiſtratus aut univerſam iuriſdictionem mandat, aut partem tantum, puta in perſonas certas, aut res & cauſſas certas, quorum utrumque in maudanda iuriſdictione licet [57] facere. *L. ſolet*, *L. prætor*, *ſeq. D. de iuriſd.* Et cui certa ſpecies iuriſdictionis mandata eſt, hunc certum eſt nihil amplius in iuriſdictione habiturum, quam quod mandatum eſt. Mandatum enim modum iuriſdictioni [58] facit, quem & in omni mandato excedere non licet. *L. diligenter*, *D. mand. L. maritus*, in fin. *C. de proc.* Quod ſi tota iuriſdictio mandata eſt, ſic univerſa tranſit, dum ſemper ea excepta intelligamus quæ ſpecialiter mandari non potuiſſent. Quod ſpecialiter mandari non poteſt, id nec mandata generaliter iuriſdictione transfertur. *L. 1.* in pr. *§. 1. L. 2. D. de off. eiuſ.* Abſurdum eſt enim plus concedere generalem orationem, quæ non ita certa eſt, quam ſpecialem quæ in ſpecie nuncupata voluntatem loquentis certo exprimit.

XXIX. Sed quidquid hic transferetur mandata iuriſdictione, meminerimus ita transferri, ut ſemper ſit aliena iuriſdictio, qua utatur is cui mandata eſt, tantumque, ut initio diximus, uſus in eum & exercitio iuriſdictionis transferatur. *L. 1. §. 1. L. 3. D. de off. eiuſ.* Adeoque id verum eſt, ut quanvis forte maiori magiſtratui [59] minor iuriſdictionem ſuam mandarit, nihil tamen maior in mandata iuriſdictione habiturus ſit amplius, quam alienam, & quanta minoris futura eſſet, ſi ipſe eam exerceret. Quod eo ſpectat, ut intelligamus maiorem hunc, puta prætorem, in iuriſdictione mandata nihil poſſe facere pro eo imperio & ea iuriſdictione, qua ex perſona ſua uti poſſet, ſed ſolum pro imperio & iuriſdictione eius, qui mandavit. *L. 3. de off. eiuſ.* Quod ſi verum eſt, ſequitur, ut qui mandatam iuriſdictionem ſuſcepit, quia habet alienam, nihil proprium habere intelligatur, quod poſitum eſt a Papiniano in *L. 1. §. 1. de offic. eiuſ.*

XXX. Scriptum tamen contra, ſi quidem verborum figuram tantum ſequimur in *L. legati*, *D. de offic. proconſul.* ubi ita verba ſunt: *legati proconſulis nihil* [60] *proprium habent, niſi a proconſule eis mandata*

57) Paormeiſt. *Lib. 1. C. 18. n. 3.* Mandatur vel univerſa vel in certas perſonas, de omni cauſſa: vel in certas perſonas de una lite. Itemque vel integra tam notio quam executio, vel una pars eſſentialis, ſola notio videlicet, vel etiam notio ſola de una parte cauſſæ, veluti ut teſtes examinet, &c. Cui autem tota, vulgo vocatur delegatus ad univerſitatem cauſſarum Totam olim mandare ſæpe neceſſe fuit Proconſuli, cui omnia omnium magiſtratuum munia iniuncta *L. 7. §. ult. de off. proc.* Raro Prætori, quia is tantum in iure reddendo occupatus & Romæ perplures alii magiſtratus, Sc Gent. *Lib. 2. Cap 13.*

58) Unde curationes anguſtiſſimis finibus contineri, Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 269. Et delegationes ſtricti iuris, nec extendi poſſunt *Cap. ultim. de reſcr. in 6.* Cæſar ref. Hot. 3. *Obſ.* 4. Aliæ ſunt legati partes, atque imperatoris: alter omnia agere ad præſcriptum, alter libere ad ſummam rerum conſulere debet, vid. Rulant *de Commiſſ. P. 1. Lib. 3. C. 2.* Gail. 1. *Obſ.* 35. *n.* 3. Sc. Gentil. *Lib. 2. Cap. 13. & Cap. 23.* Bocer. *C. 6. n.* 36. Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 20. n. 4. & ſeqq.* In quo canti ſint advocati ut reſcriptum palam legi petant, advertentes quid quantumve mandatum ſit, Bocer. *d. C. 6. n.* 38. Poteſt & committens, ſi quid dubium, conſuli eiuſque declaratio exſpectari. Gail. *d. Obſ.* 35. *n.* 6 Ac odioſæ ideo dicuntur a DD. quanquam Sc. Gentil. *Lib. 2. Cap. 28. ſub fin.* id ad delegationem principis reſtringat, qui committendo cauſſam aliquam hactenus iuriſdictioni ordinarii detrahat. At ſi ipſe magiſtratus mandet, iuriſdictioni ſuæ nihil derogat. Omnia tamen, ſine quibus commiſſio expediri nequit, tacite continentur *L. 2. hoc tit. Cap. præterea 5 de off. deleg.* Gail. *d. Obſ.* 35 *n.* 9. Bocer. *d. C. 6. n.* 40 Rulant. *d. Lib. 3. Cap 3.* Et poteſt idem ſententiam ſuam exſequi, de quo accurate Bocer. *n. 45 & ſeqq.* ut tamen remediis aliis imperii non utatur, quam quibus poterat uti mandans, Sc. Gent. *Lib. 2 C.* 23. & iuriſdictionem exerceat neceſſe eſt intra territorium mandantis, Bocer. *d. C. 6. n.* 56.

59) Vid. *ſupra N.* 13. Quod ita accipi velim, ut maiori poſſit mandari, id eſt dignitate ſuperiori, & maiorem iuriſdictionem habenti, ſed in alio territorio vel aliis cauſſis aut inter alias perſonas. Nec placet quod volunt delegari poſſe ei, qui alias ordinarius futurus, ubi ſi quid ſit, quod qui mandavit facere non potuit, nec poſſit is, cui mandata eſt, etſi alias, ſi ſua iuriſdictione uteretur, id omnino poſſet, Sc. Gentil. *Lib. 2. Cap. 13. p.* 239. Peius qui ordinariam & delegatam iuriſdictionem poſſe in eadem perſona & concurrere & exerceri, Decian. 4. *Tr. crim.* 25. *n.* 15. Imo ordinatis cognitio ut potior ſit, ratio facit, vid. Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 264. Menoch. 2. *Præſumpt.* 17. *n.* 2. & 3.

60) Ita & Sc. Gentil. *Lib. 2. Cap. 3.* etſi ipſe aliter *Cap. 10. p.* 227. Baro *in d. L.* 13. proprium habere relatum ad judicem, & Paurmeiſt. *Lib. 1. Cap. 18. n.* 3. Muret. *ad L. 1. §. 1. de off eius.* Proprium dici (1) quod ſuo iure habetur, nec invito adimi poteſt, ſic accipit *d. §. 1.* 2. ſingulare ac præter cæteros, ſic *d. L.* 13. quia habeat quædam, quæ præter ipſum nemo eorum, qui in comitatu proconſulis, Fopp. ab Æzema 2. *Differt.* (a) proprium in *d. L. 13. & L. 4. de off. eius*, exponit certum ut ſit ſenſus: Antequam mandetur iuriſdictio, ea tantum expediet dum proconſulis adminiſtrationi iuvandæ adeſt, quæ ſpeciatim mandantur, donec mandata generaliter iuriſdictione proprium & certum munus nanciſcatur. Cuiac. 7. *Obſ.* 21. diſtinguit legatum proconſulis ab alio, cui mandata eſt iuriſdictio. Et illum plus habere ſtatuit, adeoque propriam iuriſdictionem. Quod probat per *L. 2. Quis a quo appell.* quia a legato appellatur Proconſul. Ab eo autem, cui mandata eſt iuriſdictio, qui mandavit, non appellatur *L. 1. d. 1* Vult ergo habere iuriſdictionem ſuo iure, licet non ante quam mandata eſt, cum illi mandare cogatur Proconſul *L. 4. §. 11.* verbo *debet de off. procon.* Nec optat ipſe legatum, ſed ei quaſi adiutor ex Senatuſconſulto datur. Et æque uti Proconſul ſuos aſſeſſores habet *L. 9. §. pen. de pœn.* Cui conſentit A. Gentil. 1. *Lect.* 9. per *d. L. 4. §. ult.* verbo *debet*, non dicitur ſolet aut poteſt

data fuerit iurisdictio. Ergo mandata eis iurisdictione incipiunt proprium aliquid habere; quod ante negabamus. Sed illud, proprium habere ambiguum est. Dici enim possunt legati aliquid habere proprium sibi: dici etiam possunt habere aliquid proprium eius, qui mandavit. Prius accipi sine vitio non posse constat. Alienam enim tantum iurisdictionem exercet, & aliena utitur qui mandatam suscepit. *d. L.* 3. *d. L.* 1. §. 1. *de off. eius.* Restat igitur, ut posterius accipiamus, quod vitio caret, ut facere iubemur in ambigua voce legis. *L. in ambigua*, *D. de leg.* Itaque erit hæc sententia: legati proconsulis nihil proprium proconsulis habent, id est neque iurisdictionem neque imperium: quæ vere sunt propria magistratus, & ita nominantur in *L.* 4. *D. de off. eius.* Sed hæc ita, si non sit eis a proconsule mandata iurisdictio. Mandata autem iurisdictione hæc iam habere incipiunt legati, & quisquis est, cui iurisdictio mandata est. *L.* 1. §. 1. *L. ult. D. de offi. eius.* Quæ tamen com acceperint, non aliter habituri sunt, quam mandata: proinde aliena, non sibi propria. Hinc est, quod initio diximus iurisdictionem mandari posse, non simpliciter transferri, dum transferri proprie dictum intelligi volumus, & quomodo dicantur transferri res cæteræ: cum scilicet a iure eius qui eas habuit, discedentes transferuntur totæ ad alium, sic ut efficiantur eius propriæ. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis. L. id quod nostrum, D. de reg. iur.* quomodo iurisdictio non transfertur. Dicitur tamen iurisdictio mandata transferri, & ad suscipientem transire. *d. L.* 1. in princip. & §. 1. *de offic. eius.* sed cum adiuncto, ut intelligatur transferri & transire tanquam mandata, non simpliciter.

XXXI. Cum recte iurisdictio mandata haberi cœperit, superest postremum ad ius eius habendæ, ut haberi perseveret: finita tam desinit haberi, quam si nunquam esset mandata. Hinc postremum quærimus, quandiu perseveret, & quod idem est, quando finiatur. Id una brevi præceptione continetur. Mandatum hic versatur. Sciamus igitur, quibus modis finiuntur cætera mandata etiam vivo eo, cui mandatum est, iisdem modis finiri & mandatam iurisdictionem. Finiuntur alia mandata, morte mandantis, & eius revocatione. *L. recte, Inst. de mand.* Placet [61] toti-

test, & quia inconsulto principe adimere non debet *L.* 6. §. 1. *d. t.* Denique quia generalis eius iurisdictio *L.* 4. *pr. de off. eius*, ideo ordinaria per *L.* 2. *C. de off. eius qui vic. &c.* & Gœd. *de Sequestr.* C. 1. *n.* 66. Ioach. Steph. *Lib.* 3. *Cap.* 12. *n.* 8. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 16. *n.* 64. A. Fab. *ad d. L.* 13. & Covar. 3. *Var. Resol.* 20. *n.* 11. a lege habuisse potestatem ex nominatione Proconsulis, iudicemque ordinarium dici posse, sicuti vicarius Episcopi. Ast aperte pugnant iurisdictionem eandem mandatam & propriam esse, Camil. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *C.* 9. *n.* 2. eundem pro suo imperio agere, & alienis partibus fungi. Quin si haberet suo iure, mandare & ipse alii posset, quod nusquam traditum, P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. p.* 319. Et quod in *d. L.* 1. §. 1. *de off. eius*, habetur, proprium nihil habere, qui mandatam suscepit, ad legatum hunc æque pertinere arguit *d.* §. vers. *quare*. Ac legati in partem curarum ac laborum a Senatu, & postea principe dati, imperandi tamen ius a proconsulibus habuerunt, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 320. in quorum arbitrio fuit mandare vel non mandare *L.* 6. §. 1. *de off. procons.* Merito, quia favori suo renunciare licet, & potestate mandandi uti vel non uti, cum & alias mandatum liberrimæ sit voluntatis. Nec obstat *d. L.* 4. §. *ult.* vocula *debet*. Ea enim non necessitatem iniungit Proconsuli, sed ad tempus refertur, quo delegatio fieri debet, præsupposita voluntate delegandi. Quippe non ibi quæstio expeditur, an mandare possit vel debeat, sed quando debeat, nimirum postquam provinciam ingressus. Donellus noster *ad L.* 3. *C. de pig. n.* 5. Nihil ne igitur proprium habet legatus. Habet vero nonnulla, quæ ei specialiter tribuuntur ita, si mandata sit iurisdictio. Quæ propria, quia non ea sola ratione competunt, quod iurisdictio mandata, ut P. Fab. *d. lo.* in quibus esse vult tutoris dationem & suspecti cognitionem: adde manumissionis confirmandæ auctoritatem & legis actionem, vid. *supra N.* 33. quæ occasione mandati habet, sed non vi mandati, Plautius *d. Cap.* 9. *n.* 3. & *Lib.* 2. *Cap.* 13 *n.* 4. qui & *Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 13. huiusmodi esse mulctæ dictionem per *L.* 2. *in fin. de iud.* ideoque in eo casu appellari ab eo Proconsulem, alias non *d. L.* 2. *Quis a quo appell.* & Marc. Lyclama 4. *Membran.* 13. Et multa singularia habet legatus, licet quoad iurisdictionis usum & exercitium cum alio delegato conveniat, vid. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 10. ubi docet habuisse legatum fasces, lictores & tribunal. Quo in re sibi non constare videtur. Nam *Lib.* 2. *C.* 9. *p.* 217. negat legatum aliumve, cui mandata est iurisdictio, tribunali præesse; *d. C.* 10. legatum habere tribunal, non alium, cui mandata est, &c. Ast *C.* 13. *p.* 240. eum, cui mandata est iurisdictio, pro tribunali sedere (in quo consentit Govean. *ad L.* 16. *h. tit. n.* 5.) probat ex Cic. *de Orat.* ubi Crassus: *Nobis*, ait, *in tribunali Q. Pompeii sedentibus*. Quæ forsan sic concilianda: Quod legatus proconsulis habeat quidem tribunal; at non dicatur ei præesse, quod id magistratus sit *L.* 1. *de iudic.* Alius vero, cui mandata est iurisdictio, nec præsit tribunali, nec habeat proprium, at pro tribunali mandantis sedere possit. Sed legatum tribunal non habuisse, Muret. *ad d. L.* 1. §. 1. *de off. eius* P. Fab. *d. loc.* confer Pollet. *Lib.* 1. *Hist. fori pag.* 42. Ut ut sit, nihil proprium est legato *d. L.* 1. §. 1. eorum scilicet, quæ mandata sunt, ut iurisdictio: aliquid proprium *d. L.* 13. ea videlicet, quæ mandata non sunt, nec mandari possunt, ut tutoris datio, &c. Perrenon. 1. *Animadv.* 26. Quæ licet propria non dicantur eo modo, quo, quæ iure magistratus habentur, eo tamen modo, quod a Proconsule legatus illa non recognoscat.

61) Quia cum mandantis vice fungatur: eius potestate finita necessario finitur & sua, Cuiac. *in Nov.* 134. P. Fab. *ad L.* 178. *de R. I. f.* 719. Et morte antequam res geri cœpta *d. L.* 6. id est antequam a litigatoribus aditus, per *L.* 18. *hoc tit.* Govean. *ad d. L.* 6. *n.* 9. etiam ante litem contestatam, Bart. *ad d. L.* 6. *n.* 13 quod reprobat Gentil *Lib.* 2. *Cap.* 29. vid. Castillo *Contr. quotid. Cap.* 29. & confer Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 267. Magistratuum vero potestas ordinaria morte principis non solvitur, Bod. *d. lo.* quod probat *d. L.* 6. arg. a contrario. Excipitur iurisdictio ordinaria, quæ alii cohæret, seu accessoria, & ab ea pendet, ut in vicariis Episcopi *supra h. Cap. N.* 9. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 28. *p.* 309 Covar. *Pract. QQ.* 4. *n.* 4. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 30. *n.* 14 In Francia mortuo rege omnium curiarum iurisdictio, omniaque officia regia, tanquam quæ expiraverint, confirmari a successore solent, ut Bodin. 1. *de Rep.* 8. *n.* 85. P. Greg. 47. *Synt.* 20. *n.* 6. & 9. *de Rep.* 1. *n.* 34. quia, ait, officia dantur a Rege sub clausula beneplaciti principis, quod morte extinguitur. Hos vero modos finiendi communes vocat Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 29. quibus addit successionem, submoto

totidem modis finiri revocarive mandatam iurisdictionem. *L. & quia, D. de iurisd.*

moto a magistratu mandante, alioque substituto, per *L. ult. C. Ubi & ap. quos in iot.* Idem proprium solvendæ huius iurisdictionis modum ponit abdicationem, cum se iurisdictionem non habere, etsi per errorem, pronunciavit, ut nec ex consensu partium, sine novo mandato, recipiat *Cap. significantibus* 38. *de off. de leg.* Facit. *L.* 55. *de re iud.* & Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 59. *n.* 36. Addit Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 266. per imperii adeptionem. Contra Matt. Step. *Lib.* 1. *Cap.* 16. *n.* 43. Sc. Gentil. *Lib.* 3. C. 12. *in fin.* quia nec illa ab initio consistere vetat *L.* 3. *de off. eius*. Distinguo iuxta ea, quæ *supra N.* 59. Non finitur, si privatus antea iurisdictionem ordinariam adeptus in alio loco, aliisve caussis; Finitur si ordinarius effectus in eadem caussa. Exercitio quoque publici iudicii ex caussa peregrinationis mandata, reverso præside citra revocationem finitur, Bart. *ad L.* 1. *de off. eius n.* 14. Fachin. 13. *Contr.* 2. Et ad tempus mandata solo temporis lapsu exstinguitur, Bocer. *C.* 6. *n.* 62. contra Scip. Gentil. *Lib.* 1. *C.* 29. *fol.* 316.

C A P. I X.

Quis sit iurisdictione competens iudex: seu de foro competenti: seu quod idem valet, ubi quis agere vel conveniri debeat. Ac primum de territorio, & caussis cuiusque iurisdictioni attributis.

Nexus & ratio ordinis. I.
Competens iudex qui sit. Notatio nominis, & rei natura explicata. II.
Transitio. III.
Magistratus iurisdictio loco, caussis, & personis continetur. IV.
Extra locum seu territorium suæ iurisdictionis Magistratus privati iure censetur. V.
Loca iurisdictioni Magistratus obnoxia unde æstimentur. VI.
An Magistratus extra territorium recte ius dicat adversus consentientes. VII.
Caussis iurisdictio præest, aut nonnullis dumtaxat, aut omnibus. Et illa specialis, aut generalis. VIII.
Certis caussis qui præficerentur apud Romanos. Quid si omnibus, sed ad certam quantitatem. IX.
Quantitas quæ & quibus in caussis non excedere iurisdictionis modum, aut contra videatur. X.
Generalis iurisdictio quæ. Ab hac excipiuntur quæ aut lege specialiter eidem, aut alteri in id constituto Magistratui sunt attributa. XI.
Creatio Magistratus specialis generali iurisdictioni derogat. XII.
Exceptio. XIII.
Iusdicenti supra suam iurisdictionem non paretur impune. XIV.
Nisi ita in consentientes ius dicatur, aut in invitos etiam de quæstione quæ inciderit. XV.
Interpretatio L. 1. cod. de Ord. iudic. XVI.

I. Qui iudices iurisdictionem habeant, qualem, & unde acceptam, sive ea propria est, sive mandata, tenemus. Cognitio quidem ad omnem iudicis & iudicii constitutionem & necessaria & prima, ut initio monui: cum nemine constituto aut adito ab initio, qui iurisdictionem habeat, nullus omnino possit esse iudex: neque is qui pro iurisdictione iudicet, quem nullum damus: neque iudex datus, qui nisi ab eo, qui iurisdictionem habuit, & de re aditus erat, dari non potest. Sed nondum satis, ut tanquam cognito priore genere iudicum, qui iurisdictionem habent, transitus fiat ad iudices datos & eos qui habent tantum notionem; quod alterum genus iudicum supra posuimus. Meminisse enim oportet, quem in singulis his generibus quæramus iudicem. Non utique iudicem simpliciter, & qui præsit alicui iudicio; sed in singulis iudicem idoneum. Non est autem idoneus in utroque, nisi qui idem sit competens: quam secundum idonei iudicis conditionem initio statuimus. Quare invento eo, qui iurisdictionem habeat, quærimus amplius quod secundum est in idoneo iudice, quis in hac ipsa iurisdictione sit competens iudex. De quo non ideo tantum hoc loco ordine constituendum est, priusquam veniatur ad alterum genus; quia ut dixi, non obiter quærendum in hoc ipso genere priore quis sit idoneus iudex: nunc autem idoneum quærimus: sed etiam quia hoc idoneo iudice hic non constituto frustra quæratur iudex datus: qui nullus esse potest, nisi datus ab eo, non solum qui iurisdictionem habuit, sed etiam qui pro sua iurisdictione, idest idoneus & competens dedit. *L. unica, Cod. qui pro sua iurisdictio. iudic. da.*

II.

II. Primum hoc constare debet, quisquis iudex futurus est, iure hoc exigi, ut sit competens iudex: neque hoc in iudicibus tantum datur, ut *tit. C. si a non comp. iud. iud. esse dic.* sed maxime in iis qui iurisdictioni præsunt, aut aliam iurisdictionem habent, de quibus & hoc verbum a veteribus usurpatur: ut in his locis. *L. 2. D. si quis in ius voc. non ier. L. 1. C. de iurisdict. omn. iud. L. pen. D. de iurisd.* Competens iudex nostris dicitur, qui competit ei rei de qua agitur, vel ei adversus quem agitur competit, id est convenit, & proprius est ei rei, vel personæ eodem sensu, quo dicimus aliquas res vel nobis vel alii competere, pro ad nos vel ad alios pertinere. Sic dicimus competentem actionem, seu actionem nobis competere, quæ nostra est. *Inst. de perp. & temp. act.* in princ. & §. 1. Sic competere libertatem, quæ nostra esse cœpit, aut nobis ita deberi, ut nostra sit futura. *L. Papinianus §. ult. L. qui repudiantis, §. ultim. D. de inoff. test.* Sic competentes usuras, & usuras competiisse, quæ nobis deberi, & hoc modo ad nos pertinere cœperunt. *L. in sententiis, §. 1. D. de re iud. L. lecta,* in fin. *D. si cert. pet.* Quam significationem & in competentis iudicis verbo inesse ex eo intelligi potest, quod quem competentem iudicem dicimus, alibi dicitur suus caussæ & litigatoribus iudex, pro caussæ & litigatoris proprio iudice. Nam quod dicitur in *L. ultim. L. si a non comp. iud.* ne quemquam litigatorum sententia a non suo iudice dicta constringat, nihil aliud exprimit, quam quod reliquo titulo declaratur, ne res a non competente iudice iudicata quemquam teneat. Eademque forma in *L. magisteriæ, C. de iurisdictio. omn. iud.* dicitur, neminem a non suo iudice exhiberi posse; pro non sibi competenti iudice, quod ad personam litigatoris refertur. Quo etiam sensu dicitur quis ad suum iudicem revocare in *L. venditor,* in pr. *D. de iud.* Itaque si plenius dicendum est, competens iudex, si quidem iurisdictionem habeat, est is, cuius de ea re, de qua agitur, iurisdictio est, ut describitur in *L. 2. D si quis in ius vocat. non ier.* & quibus verbis usus est prætor in edicto de re iudicata, dum notare voluit eum, a quo res recte iudicata est: extat clausula in *L. 5. D. de re iudic.* Generaliter autem competens iudex est is, cuius de ea re notio est. Nam hæc verba tam ad iudices datos, quam ad eos qui iurisdictionem habent, æque pertinent, ut admonemur in *d. L. 5.* Ergo & is competens in iurisdictione iudex intelligitur, apud quem ut suum iudicem agere quis aut conveniri debet. Proinde & is, cuius [1] forum competens est, id est, cuius tribunal & locus in quo ius reddit, proprius est litigatorum, ut in eo recte agi, & recte conveniri quis possit. Idque ita esse declarat, quod forum competens alibi dicatur forum rei, quasi dicas rei proprium, ut in quo conveniri debeat. *L. 2. L. 5. C. de iurisdict.* Quod si ita est, apparet hos titulos verbis distinctos re ipsa idem valere; De competente iudice; qualis inscriptio est Tituli *C. si a non competente iudice iudicatum esse dicatur.* Item, *de foro competenti:* quæ pars est *tit. C. de iurisdictione:* ubi titulus ita conceptus est, *de iurisdictione omnium iudicum, & de foro competenti.* Item, *ubi quis agere vel conveniri debeat.* Quæ inscriptio extat in Pandectis coniuncta cum titulo generali de iudiciis, eadem plane sententia cum superiore.

III. Iudicis de re de qua agitur iurisdictio est, atque hoc modo fit is, quem mi-

nus

1) *Tit. de extr. de foro comp.* & tribunal competens *L. 35. §. 2. de Proc.* Forum autem cuius sex acceptiones, ex Festo *Lib.* 6. petere licet P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 1. Io. Monach. *ad Rub. extra d. tit. n.* 3. *& Pract. iudic. P. 2. C. 5. princip. n.* 4. ut hic sumitur pro iudiciali est locus litium exercendarum *C. forus* 10. *de V. S.* (ubi illative in masculino usurpari volunt Poll. *Lib. 1. Hist. fori C. 3. n.* 1 Wesenb. *ad hoc t. C. n.* 78. cum fori tabulata obvium significent, Virg. 6. *Æn.* Cic. *de Senect.* Attamen ita Lucil. *Lib. 3. Romanis ludis forus olim ornatus lucernis*, teste Non. Marcello *de Propr. serm. f. mihi* 1372.) vel ut Pollet *d. Lib. 1. C. 2.* ubi caussarum officina & veluti quoddam iuris diribitorium. Quod magistratus habent active, litigantes passive, Vult. *ad L. 1. Cod. hoc tit. n.* 5. 6. 7. Matth. Steph. *Lib. de Iurisdict. Cap.* 27. *n.* 10. Hinc Forum agere dicti magistratus provinciales, cum iuris dicendi caussa conventus indicerent, de quo Rævar. *Protribunal. Cap.* 14. Eodemque sensu fere Magistratus urbani indicere forum & edicere concilium, *ibid. Cap.* 16. Nomen deducit Isidor. *d. C. forus* 10. *de V. S.* a fando vel a Phoroneo rege Græcorum. Prior notatio vim insuper syllabæ quantitati facit, posterior indigeoæ auctorem exoticum affingit, ut ait Pollet. *d. Cap. 1. n.* 3. Aptius Varro 4. *de Ling. Lat.* a ferendo, quo conferrent controversias suas, & quæ vendere vellent. Quod etymon utrique foro convenit, quod Romanis duplex, Iudiciarium & Negociatorium seu venale, Coras. *ad L. 1 de O. I. n.* 8. De priori hæc: ius fori *L. 7. Qui sat. cog.* disputatio *L. 2. §. 5. de O. I.* præscriptio *L. ult. C. de exc. & simil.* foro interdicere *L. 9. §. 4. de pœn.* Wes. *ad hoc tit. Cod. n.* 79. De posteriori; foro cedere *L. 7. §. 2. Depositi L. ult. de cur. bon. dan.* Et quia mercatores non solent præscribere, quanti merces venditturi, donec pro occurrente fori caritate consilium pluris minorisve vendendi capiant, inde ducta metaphora Proverbium: *Uti foro*, id est rebus præsentibus se accommodare. Coras. *ad d. L. 1. n.* 10. De Græcorum ac Romanorum foris a nostratibus diversis, vid. Pancirol. *Lib. 1. Memorabil. Cap.* 19. Iurisdictio itaque, si intra limites, quibus definita est, se contineat, dicitur habere forum competens; sin evagetur, incompetens, Vult. *ad L. 1 Cod. hoc tit. n.* 2. illud ordinaria sedes dicitur *L. 4. C. h. t.* hoc veterum examen *L. 5. C. eod.* Wes. *d. lo. n.* 83.

nus competentem intelligi volumus, si cui certa iurisdictio attributa est, & res de qua agitur, ad eam iurisdictionem pertinet. Ita in omni iudice qui iurisdictionem habeat, ad istam, ut sic loquar, competentiam quam quærimus, primum hoc statuendum est, quæ & quanta sit iurisdictio ei attributa; sic deinde quærendum, utrum id de quo agitur, ad eam iurisdictionem pertineat, necne. Et si quæritur de iis qui mandatam iurisdictionem habent, prope iam confecta res est. Tantum enim hi iurisdictionis habent, quantum eis mandatum est, quod quidem factum sit ab eo qui habuit, & quod habebat mandare potuit. Iam vero quid potuerit mandare iure, qui mandare voluit, tum unde intelligatur mandasse, satis in mandata iurisdictione dictum est. Solum hac parte dubium relinquitur, quantam iurisdictionem habuerit, qui mandavit; quando nihil amplius transire potest in accipientem. De quo ex iurisdictione primaria magistratuum & eorum qui iurisdictioni præsunt, statuendum est: soli enim hi sunt, qui mandare possunt iurisdictionem. Quod si ita est, res huc redit, ut iam de horum solum iurisdictione quærendum sit: qua cognita, fiet ut & de istorum & simul de mandata quod reliquum erat, cognoscamus.

IV. Et omnis omnium sive magistratuum, sive iudicum etiam qui iurisdictioni præsunt, iurisdictio [2] tribus his rebus tanquam certis finibus circumscripta est; loco, in quo ius dicitur; caussis, de quibus iudicium est; & certis personis, a quibus & adversus quas agitur. Nam neque in omni loco iurisdictionem habet magistratus, neque eo loco semper in omnibus caussis, neque in eodem loco, & iisdem caussis semper adversus omnes personas. Itaque qui noverit, quod sit territorium cuiusque iudicis, quæ caussæ iurisdictioni eius attributæ, quæ personæ, in quas illi sit iurisdictio; is quæ sit cuiusque iudicis iurisdictio; & quod propositum est, quis sit competens iudex; simul quod forum competens; tum ubi quis agere vel conveniri debeat, recte noverit. Atque his velut regionibus tota hæc quæstio inclusa est.

V. Principio sic est iurisdictio omnis, ut nullus neque magistratus neque iudex quantacumque potestate præditus præficiatur omnibus locis, sed certis tantum, in quibus ius dicat pro potestate; cum nemo ad eam rem sufficere possit locis omnibus. Extra hæc loca etiam magistratus privatus est. Summum imperium fuit Romæ penes prætores; sed Romæ tantum: extra urbem prætor privatus fuit. Summum imperium habuerunt in provinciis proconsules & præsides; sed unusquisque horum in provincia suæ curæ commissa; extra provinciam privati. [3] *L. 3. D. de offic. præsid.* Hæc loca, seu potius horum locorum universitatem & comprehensionem veteres uno verbo appellarunt [4] territorium. *L. ult. D. de iurisd.* de cuius

2) Ita & Bocer. *de Iurisdict. C. 7. n. 4.* Vult. *ad L. 1. C. h. tit. n. 28.* qui & *n. 16. & seq.* Iurisdictio, inquit, quoad essentiam & sui naturam, omnibus eadem, nec recipit magis & minus, sed quævis locis, caussis, personisque limitata. Quo respiciunt toties illa quasi concepta verba: pro sua iurisdictione *L. 2. Si quis in ius voc. L. 16. de mun. L. 3. de postul. L. 3. §. 5. Iud. solvi Rub. C. Qui pro sua Iurisdict.* secundum iurisdictionem *§. 4. I. de Attil. tut.* secundum ius potestatis suæ *L. un. Si quis ius dic.* Idem *ad L. ult. C. Ubi in rem actio n. 3.* his tribus quartum addi posse, censet. Tempus videlicet, (seu, ut mallem eum loqui, Ordinem) propter eum, qui iudices plures subordinatos habet, ubi inferior prius adeundus, deinde proxime superior, & sic ordine usque ad supremum. Quanquam idem *ad d. L. 1. n. 149. p. 91.* superiores tunc æque competentes esse velit, sed ordinem confundi non debere. Ac si coram superiore conventus non excipiat, non proprie prorogasse, sed antevertisse iurisdictionem inferioris videri, etsi pragmatici hic quoque prorogationis verbo utantur, *ibid. n. 158.* Sed non male incompetentia ordinis vocatur, quando inferior, cuius cognitio antecedere debet, præteritur ab eod. *ad L. 4. C. h. t. n. 19.* Quibus vero modis fundetur iurisdictio superioris, ut omisso medio adiri possit, vid. Zang. *de Except. P. 2. C. 1. n. 138. & seq.* add. Vult. *ad L. ult. C. Ubi in rem n. 19. & seqq.* Otho Meland. *Comm. Camera. P. 3. f. 48. & seqq.* Paurmeist. *Lib. 2. de Iurisdict. C. 8. n. 63.* Iurisdictionem restringi iure communi quatuor modis; Quoad territorium, caussas, personas, & quoad partes iurisdictionis, seu actus iudicii.

3) Itemque Proconsul. Nam quod *L. ult. de off. Proc.* habetur ingressu portæ Romanæ urbis deponi imperium, non inde sequitur quasi ubique id extra Romam exerceat, sed id recte Accursius accipit de insignibus ac ornamentis, quæ uti assumit statim, atque urbem egressus; *L. 1. d. t.* ita deponit postquam regressus, Cuiac. *in Nov. 95.* ubi & accipi posse censet de voluntaria iurisdictione per ea, quæ *N. 8.* add. idem *12. Obs. 33.* Sic Præfectus urbi extra terminos urbis *L. ult. de off. præf. urb.* quam ita interpretatur, Goed. *ad L. 2. de V. S. n. 2 & 3.* quod dignitatem quidem & maiestatem suam habeat intra 100. lapidem *L. 1. §. 4. d. t.* Ius autem extra urbem non dicat. Quamvis de omni caussa, quæ extra muros ad 100. usque lapidem accidit, ius non dicere, sed in urbe iudicem, qui extra urbem etiam iudicet, dare possit. Quomodo non necesse in *d. L. ult.* vel submota voce *extra*, *intra* substituere, ut Hotom. *4. Obs. 22.* & in *Epitomat. eo. tit. n. 3.* vel eidem voculam *nec* addere, ut Gotho. & A. Fab. *ad d. L. ult.* Plures ad hanc regulam locos profert Zoan. *Defens. tripart. p. 43. & seqq.* docens si notorie limites iurisdictionis iudex excedat, posse de facto resisti; ac si vim adhibeat vi contraria defendi, vid. & Decian. *Tr. crim. Lib. 4. Cap. 29.* Coler. *de Process. P. 2. C. 1. n. 6. & seqq.* Quin & principem extra ditionem privatum esse, nec inter subditos suos ius dicere posse. M. Steph. *Lib. 2. P. 1. C. 7. n. 197. & seqq.*

4) Cui iurisdictio passive & materialiter inesse vel inhærere, sicuti in persona magistratus active & formaliter tralatitium est. Hierony. de Monte *Tr. Fin. reg. C. 51. n. 15.* Wes. *ad h. t. C. n. 26.* Marta *de Iurisdict. P. 1. C. 47. n. 5.* Io Monach. *C. 2. n. 7.* Obrecht *C. 12. n. 1.* Ioach. Steph. *Lib. 1. C. 5. n. 25.* Matth Steph. *Lib. 1. C. 33. n. 2. & 6.* Unde Hierou. de Mou. *d. Tr. Fin. reg. C. 77. n. 1.* & Knich. *de Sax. non provoc. iure C. 4. n. 65.* iurisdictionem adeo plantatam esse territorio, ut ab eo divelli nequeat. Sed Bocer. *C. 8. n. 3.* iurisdictionem non inesse territorio, ut servitus prædio, nec esse qualitatem eius, sed adiunctum, quod versatur circa id, idem *C. 8. n. 56.*

ius verbi origine aliis aliud visum est. Ex nostris Paulus de aliorum quorumdam sententia ex eo dictum putat, quod sit is ager, intra cuius fines magistratus ius [5] terrendi habet. *L. pupillus*, §. *territorium*, *D. de verb. sign.* Hoc igitur verbo si uti placet, hoc dicimus, unumquemque magistratum & iudicem suum territorium habere, in quo ius dicat legibus aut moribus illi constitutum: extra hoc territorium privatum esse, id est, nullam neque iurisdictionem, neque notionem habere; fierique isto modo eum, quem proposuimus, non competentem iudicem. Et hoc est, quod definitur in *L. ult. D. de iurisd.* Extra territorium ius dicenti impune non pareri. Id enim hanc significationem habet: si quis, quantamcumque is iurisdictionem habeat, extra territorium suum cognoscat quid, iu-

dicet, aut statuat, liberum esse cuivis in quem constitutum sit, non parere, idque impune: ut intelligatur scilicet nullam id auctoritatem aut vim habere.

VI. Quae loca seu quae territoria cuique magistratui & iudici sint attributa, uniuscuiusque magistratus constitutio declarabit: haec enim officia cuiusque describit & partes, quae cuique attribuit: ita & suum cuique locum ac territorium assignat. In quo nihil nos admodum iuvare possunt officia & descriptiones [6] magistratuum Romanorum; de quibus tam multi tituli extant initio tum Codicis, tum Pandectarum. Fuerunt enim illi magistratus accommodati ad formam Reipublicae & imperii Romani. Ea forma cum imperio mutata, etiam magistratus illi eorumque potestas atque officia [7] exoleverunt. Consulenda hic igitur uniuscuiusque gen-

 tis,

n. 16. territorium esse subiectum occupans, at non recipiens iurisdictionem, add. Luchin. de Curte *Alleg. in mater. confis. n.* 7. post Bart. *ad C.* 1. *de Iurisd. n.* 15. *& seq.* Et nullam iurisdictionem inhaerere territorio, Sc. Gentil. *Lib.* 3. *C.* 23. Paurmeister. *Lib.* 1. *C.* 28. *n.* 7. pro subiecta materia ex diversis acceptionibus territorii hoc definiendum statuit. Quod vero quidam ordinariam iurisdictionem generalem tantum requirere territorium, ordinariam certarum caussarum vel personarum non item. Matth. Steph. *lib.* 3. *de iurisdict. P.* 2. *C.* 12. *n.* 29. *& seq.* Unde academicum magistratum territorium habere negant, idem *Lib.* 1. *C.* 27. *n.* 26. *& C.* 33. *n.* 7. Bocer. *C.* 3. *n.* 93. Vult. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 10. Hoc ita admitto, quando territorium sumitur pro ditione, seu provincia, quae alicui gubernanda commissa, uti cum de iure superioritatis tractatur, hodie significatur regio, quae statui imperii, qui immediate subest, concessa, Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 7. *n.* 10. *& n. seq.* Knich. *de Sublimi. territ. iure C.* 1. *n.* 189. *& seqq.* Verum hic latius accipitur pro loco quo circumscripta est iurisdictio. Quo sensu non is solus territorium habet, cui subiecta est ea provincia, civitas vel locus. Hoc enim pluribus uno non convenit. Atqui apud Romanos plures in uno territorio, maxime in urbe, fuerunt magistratus, singuli diversis caussis praepositi. Plures igitur territorium habuerunt idem. Sic Procurator Caesaris, vice praesidis non fungens, non habuit territorium sibi subiectum, habuit autem territorium id est certos fines, intra quos iurisdictio illius quo ad illas caussas, quibus iudicandis constitutus erat, cingebatur, Vult. *ad L.* 1. *h. t. n.* 53. Unde etsi in lite privatorum utrinque inter consentientes ius diceret *d. L.* 1. *C. h. t.* non tamen extra provinciam, in quam mittebatur. Recte itaque, qui enim cui in certas personas iurisdictio est, propter easdem habere territorium circumscriptive, ut loquuntur, quos citat Th. Mich. *de iurisd. Graecias.* 144. Quo sensu & Rectores academiarum territorium non habere videntur, ut Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 33. *n.* 8. sed omnino habent. Ut & Episcopi, licet alias territorium temporale non habere dicantur, sed dioecesin, Hier. de Monte *Tr. Fin. reg. C.* 12. P. Gregor. 47. *Synt.* 21. *n.* 33. Io. Monech. *de iurisd. C.* 2. *n.* 10. Paurmeist. *Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 20. etsi iure nostro dioecesis provinciam denotet *L.* 1. *C. de privat. carc.* Alc. *ad d. L.* 239. §. 8. *de V. S. n.* 2.

5) Id est submovendi, quia lictores cum fascibus habebant magistratus, quibus mandabant ut turbam submoverent, Alc. *ut ad d.* §. 8. *n.* 9. Baro *ad L. ult. h. t.* Govean. *ibid. n.* 4. licet Frontin. sic dici velit, quod terrendi hostes caussa constitutum, ref. Goveano minus apte. Aliter Serv. *in Virg.* 5. *Aen.* a terendo quasi tritum bobus & aratro, ref. Forcat. *Dial.* 73 *n.* 5. Varro 4. *de Ling.* a terendo derivat terram, & territorium, quod maxime teratur; quod probat Cuiac. *in L.* 53. *C. de decur. Lib.* 10. quia pro terra & fundo ponitur *L.* 3. *C. de nat. lib. L.* 28. §. 4. *C. de Ep. & cler.* & Govean. *d. n.* 4. Olim in coloniis tantum dicebatur, non aliis civitatibus. Turneb. *in Varr. de Ling. Lat. f.* 273. Postea nec oppidorum tantum ac civitatum, sed & provinciarum dicta territoria, ut ex Siculi Flacci *Lib. de Condit. agror.* docent Vult. *ad L.* 1. *C. hoc tit. n.* 8. M. Steph. *Lib* 2. *P.* 1. *C.* 7. *n.* 5. *& seqq.* Et plura territoria specialia, unum generale, omniaque commune, ei universale, quod est universum imperii Romani, constituunt, Vult. *d. loc.* Idem significare districtum. Goed. *ad d.* §. 8. *n.* 1. quae vox a distringendo, id est coercendo dicta, legitur 1. *Feud.* 5. *in fin. C. hoc* 9. *extr. de Praebat.* Etsi quidam putent proprie dici in mari & locis adiacentibus, ref. Monach. *de Iurisdict. Cap.* 2. *n.* 9. Alii latius patere ac denotare quicquid ex alieno ditioni, iure belli vel quo alio, adiectum, ref. Alc. *ad d.* §. 8. *n.* 2. Hier. de Mon. *Tr. Fin. reg. C.* 7. *n.* 4. Sane forum a territorio differt, quod hoc locus est universalis, in quo locus plerunque peculiaris assignatus magistratui, quo ius dicat *L. pen. de I. & I.* qui dicitur forum. Vult. *ad d. L.* 1.

6) De quibus, si quis exactam cognitionem expetit, eam hauriat ex Notitia Imperii utriusque, edita & accuratis Commentariis illustrata a Guid. Pancirollo. Forst. *Lib.* 1. *de iurisdict. Rom. Cap.* 1. P. Greg. 47. *Synt* Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori Cap.* 4. *& seqq.* Obrecht. *de Iurisdict. Cap.* 11. Iacob Poutan. *Progymnasm. Volum.* 3. *P.* 2. *&c.*

7) Et nomina magistratuum una cum officiis frequentari desierunt, post Goed. *Cons.* 39. *n.* 2. Bocer. *de iurisdict. Cap.* 8. *n.* 69. Iurisdictionisque ratio plurimum innovata. Ut si quis antiquas regulas sine delectu nostris magistratibus adaptare velit, inanem sumat operam, gravibusque erroribus implicetur, Heig. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 5. Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 1. *&* 2. Quondam sola administratio reipublicae ad magistratus cum iurisdicendi potestate pertinuit, vid. *supra Cap.* 7. Quin & Ducatus, Comitatus ac Baroniae primo institutionis tempore, muneris erant, non patrimonii, ac officia publica ad nutum, ut loquitur Nicol. Cusa, *Lib.* 3. *de Concordantia cathol. Cap.* 28. removibilia. Postea sive a Carolo Magno, sive, ut alii ab Ottone 1., & in Gallia ab Hugone Capeto dignitates temporariae antea, effectae perpetuae, vid. Cusan. *d. Cap.* 28. P. Heig. *d. Q.* 2. Paurmeist. *Lib.* 2. *Cap.* 10. *n.* 8. *&* 9. Knich. *de Sax. non provoc. iure n. Duc. Sax. C.* 4. *n.* 56. *& de Sublimi. territ. iure C.* 1. *n.* 90. Hotom. *in Francogall. C.* 17. *& Disput. feud.* 18. Connan. 2. *Comm.* 9. *n.* 5. Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 303. Cabot. 2. *Disput.* 30. *&c.* Indeque quidam in consortium imperii quasi admissos fuisse Duces, Marchiones & status imperii, ut eodem fere iam iure teneant provincias adsignatas, quo Imperia sibi retenta, ut Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 3. *&* 4. scribens, licet imperium monarchicum manserit, eius tamen gubernationem (quam a statu aliam esse Bodinus contendit 2. *de Rep.* 1. *n.* 189. *&* 6. *Rep.* 6. *n.* 772.) esse aristocraticam, de quo nihil hic statuo, neque huius loci est, forte etiam vix convenit. Hinc vulgatissimum illud, Principem imperii in sua quemque ditione, imperatorem esse,

tis, & nationis, itemque civitatis in qua versamur, leges; & videndum quos magistratus & iudices ferant Reipublicæ, quæ loca, quæque munia cuique attribuant; quæ ut in singulis populis certa esse solent, ita sunt pro arbitrio constituentium varia. Hæc cognita huic parti legem dabunt, non aliorum populorum instituta. Et quidem extra territorium frustra ius dicat magistratus adversus invitos.

VII. Quid si adversus consentientes & eos, qui ultro extra territorium alicuius iudicis audientiam elegerunt? Dicemus nihilo magis huius magistratus aut iudicis iurisdictionem fore. Iam enim diximus etiam summum magistratum extra territorium hominem privatum esse. *d. L. 3. de offic. præf.* Quod si ita est, privatorum consensus extra territorium illi non dederit iurisdictionem aut notionem. Hæc enim privatorum consensus privatis non tribuit. *L. privatorum, C. de iurisd. omn. iud.* Non obstat quod dicitur, si qui se subiiciant iurisdictioni, cuiusvis iudicis qui iurisdictionem habet, in consentientes esse iurisdictionem. *L. 1. D. de iud.* Apparet enim hoc dictum esse de iis iudicibus, qui iurisdictionem aliquam habent. Iam autem effectum est magistratum extra territorium plane privatum esse; quod nihil aliud est, quam quod ante dixi eum extra territorium [8] nullam habere neque iurisdictionem, neque notionem.

VIII. Ut non omnibus locis, omnive territorio præficiuntur magistratus aut iudices, sic nec omnes in suo territorio quibuslibet caussis. Etiam hæ in cuiusque iurisdictione propemodum certæ esse consueverunt. In quo quid servandum sit, eadem illa magistratus cuiusque descriptio, quam dixi, potissimum indicabit: quæ & ipsa sumetur ex uniuscuiusque gentis, populi, civitatis legibus. Neque tamen hæ leges, aut in his magistratuum descriptio omnis ut in territorio cuiusque magistratus definiendo; ita in caussis cuiusque iurisdictioni attribuendis statim rem expediunt. Ideo studendum, hoc prius, quantum licet, certum facere. Sic est in iurisdictione ex caussis constituenda earum caussarum distributio, ut ex iis qui iurisdictionem habent, quidam specialiter præficiantur [9] certis caussis cognoscendis & iudicandis; quidam simpliciter & generaliter iuri dicundo: ut sit priorum velut specialis iurisdictio; posteriorum generalis.

IX. Certis tantum caussis ut plurimum magistratus & iudices præfici, hæ species apud

esse, & tantum posse, quantum Imperator in imperio, quoad subditos suos scilicet, quorum respectu dominium directum habeat, utile vero respectu imperatoris & imperii, Wes. *Cons.* 27. *n.* 28. vid. Gail. 1. *de Pa. publ.* 6. *n.* 10. Dauth. *de Testam.* n. 36. Thom. Micha. *de iurisdict. Conclus.* 43. *& seqq.* Iacob de Puteo *Alleg. in matr. causa. n.* 42. Bocer. C. 6. *n.* 6. Matth. Step. *L.* 2. *P.* 1. *C.* 1. *n.* 42. *&* C. 7. *n.* 33. *& seqq.* Knich. *de Sublimi. territ. iure* C. 4. *n.* 261. *& seqq.* Obrecht. *de iurisdict.* C. 4. *n.* 16. Sc. Gentil. *Lib.* 3 *Cap.* 18 hodie, quod ad iurisdictionem attinet, multos Cæsares esse scribens. Idemque tribuunt civitatibus imperialibus ac liberis. Scip. Gentil. *Lib.* 3. C. 22. Bocer. C. 8. *n.* 81. Matth, Step. *Lib.* 2. *P.* 1. C. 1. *n.* 54. *& seqq.* ut habeant iura principum realia, licet personalia non habeant. Quæ tamen captionem ex parte ad infinitum continere scribit Paurmeist. *Lib.* 2. *Cap. ult. circ. fin.* Qui & prius illud de dominio directo, ceu falsissimum, ac in principia iuris feudalis impingens reiicit, *Lib.* 2. *C.* 4. *n.* 70. *& seq.* quod & illi restringunt ac declarant, quos refert Gaspar Klocke *Dissert. de Contribut. Conclus.* 8.

8) Ideoque iurisdictio, quæ nulla est, extendi nequit, deficiente subiecto. Atque hoc est quod vulgo: Prorogationem iurisdictionis de loco ad locum admitti, si conveniatur, ut alio loco iudicetur, quam qui receptus, modo intra territorium (& modo is locus non exemptus *C. cum Episcopi, & ibi Gl. de off. ordi.* Schrad. *de Feud. P.* 2. 9. *Parvis princ. Sect.* 3. *n.* 257 M. Steph. *Lib.* 2. *de iurisd.* C. 33. *n.* 15.) velim aut alia quam pro tribunali, vel ut Bocer ut iudex Norbergensis ex. gr. Altorffii iudicet. Non vero admitti, si extra territorium potestas iudicandi transferatur, veluti ut Norbergensis Erfordiæ ex. gr iudicet. Quod ipsum tamen licere eo casu docent, quo consensus iudicis illius loci accessit, Bald. *in L. ult. de iurisd. n.* 6. Lud. Rom. *Singul.* 30. (si nimirum tamen nisi iure speciali competat) Munach. *in C. significasti* 18. *extr. de foro comp. n.* 12. *& seq.* Knich *de Sublim. territ. iure Cap.* 4. *n.* 6. Boc. *de iurisdict.* C. 7. *n.* 40. Paurmeist *Lib.* 1. C. 25. *n.* 42. M. Steph *Lib.* 1. C. 22. *n.* 27. *& seqq.* Et tunc requiri expressum consensum litigantium, nec tacitum sufficere. P. Heling. *in Addit. ad Marant. P.* 4. *Distinct. iudic.* 12. *n.* 4. Quæ exceptio (nisi iudex loci consenserit) recepta opinione nititur: ast iuri Iustinianeo vix conveniens, per ea quæ Donellus hic & arg. *L. pe. de off. præf.* Nisi quis dicat consensum illum habere vim mandatæ iurisdictionis, quod difficultate non vacat, nec recipi potest, quando ex. gr. inter cives Lipsienses convenit, ut iudex ipsorum ordinarius Magdeburgi ius dicat. Aliam exceptionem plerique tradunt in iurisdictione voluntaria, cuius actus extra territorium expediri posse tenent, cum in sui exercitio loco non circumscribatur *L.* 36 § 1. *de adopt. L.* 2. *pr. de off. procons.* Unde *d. L. ultim. de iurisdict.* de contentiosa solum exaudiunt. Duar. *ibid.* Marc. de Mantua *Singul.* 141. Bocer. *de iurisdict.* C. 3. *n.* 22. Knich. *de Sublim. territ. iure Cap.* 1. *n.* 344. Covar. 3. *Resol.* 20. *n.* 4. reprobans distinctionem quorundam, an iure communi ordinario competat, an speciali & ex privilegio, Matth. Steph. *Lib.* 1. *de iurisd.* C. 33. *n* 24. *& seqq.* Idemque tradunt de investitura & quæcunque caussæ cognitionem non requirunt *d.* C. 33. *n.* 30. *& seqq.* Quanquam in priori illo speciale quid in Proconsule agnoscere videtur Cuiac. 20. *Obs.* 37. & Thom. Mich. *de iurisdict. Conclus.* 245.

9) Unde Paurmeist. *L.* 1. *Cap.* 10. *n.* 23. iurisdictionum aliam generalem, aliam specialem facit: Sic caussæ feudales a domino feudi vel paribus curiæ diiudicantur, vid. Bocer. C. 3 *n.* 55. *& seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 1. C. 7. *membro* 4. Paurmeist. *Lib.* 1. C. 10. *n.* 27. *& Lib.* 2. C. 5. *n.* 90. *& seqq.* præter Feudisticos DD. quos referre non est præsentis instituti. Sola vero feudi cognitio ordinariæ iurisdictioni non subiicit vasallum alias non subiectum domino, nisi in controversiis feudalibus, vid. Paurmeister. *Lib.* 1. C. 8. *n.* 41. *& seqq.* exceptionem habens *n.* 49. nisi ex spontanea eorum subiectione vel conventione, aut præscriptione aliud obtineat. Sicuti in Curia Electoris Saxoniæ Comites & Barones, qui extra ditionem illius domicilium habent, si feudum aliquod ab Electore recognoscant, quin immo etsi nec feudum ullum possideant, sed de eo simultanee tantum investiti, in personalibus quoque respondere & actiones excipere tenentur. Simon Ulric. *Obs. Curia. Lips. Cap.* 8. *&* 9. quæ habentur suppresso, ut plures aliæ, nomine, *Tomo* 3. *Consultat. Saxon. P.* 3. *Q.* 44. *& seqq.*

apud Romanos docent, eædem fere & in omnibus locis usurpatæ. Fuerunt enim, qui præficerentur criminibus cognoscendis; alii, qui caussis civilibus & pecuniariis, ex quo alii criminales iudices dicti, alii civiles, indicat *tit. C. de offic. civi. iudic.* item *titu. ut iudic. tam civil. quam militar.* In pecuniariis caussis quidam præfecti caussis fiscalibus; quod genus magistratus Romanis dictus est procurator fisci, procurator Cæsaris, rationalis. *titu. D. de offic. procur. Cæsar. titu. C. ubi cauſ. fiſc.* Alii caussis privatorum. Et in his ipsis privatis caussis certæ species tantum earum quibusdam attributæ; ut fuisse legimus prætores Romæ, qui de fideicommissis solum ius dicerent. *L. 2. §. capta*, vers. *Divus*, *D. de origin. iur.* Fuerunt etiam apud [10] quos de caussis quidem omnibus, verum ad certam tantum quantitatem agere liceret. *L. ſi idem*, *D. de iurisdict.* Horum aliquid cum incidet, & lex certa erit, in promptu erit videre, quæ caussæ ad iurisdictionem magistratus cuiusque pertineant, quæque non pertineant: cum necesse sit eas pertinere, de quibus cautum est, eas autem de quibus cautum non est, non pertinere: atque horum utrumque ex verbis legis certum sit.

X. Solum ea species potest habere dubitationem, cum ad certam quantitatem iurisdictio data est: dum hoc quæritur, quæ quantitas intra hunc modum iurisdictionis consistere, quæ hunc excedere videatur. De quo hæc summa est Ulpiani sententiæ in *L. penult. §. ult.* & in d. *L. ſi idem*, *D. de iurisd.* solum eam excedere videri, quæ [11] petita est, non quæ debetur, ut si non ultra modum iurisdictioni præfinitum petatur, recta sit petitio, etsi multo plus debeatur. Rursum petitam non omnem, sed eam quæ modum iurisdictionis excedens ex una tantum caussa petatur, non quæ ex pluribus diversis caussis. Nam cum ex pluribus caussis diversæ summæ petuntur, etsi iunctæ efficiant eam [12] quantitatem, quæ iurisdictionem excedat, pertinere tamen petitionem ad iurisdictionem iudicis, si singulæ ex singulis caussis petitæ intra modum iurisdictionis consistant. Excipienda hic iudicia divisoria, familiæ ercifcundæ: communi dividundo, finium regundorum; in quibus etsi pars singulorum modum iurisdictionis non excedit, & singuli partem tantum petunt, tamen propter adiudicationem totius rei quæ in unum aliquem conferri potest, placet eas actiones ad iurisdictionem iudicis non pertinere, si res tota in iudicium deducta excedat quantitatem iurisdictionis. Hæc, inquam, de iis iudicibus, qui certis caussis, aut certæ quantitatis præfecti sunt, in quibus caussarum designatio in constitutione magistratus, quid hic magistratui tribuatur, certum facit.

XI. Non eadem certitudo est, cum quis generaliter præpositus est iuri dicundo. Etsi enim recte dicetur verbo generali iurisdictionis, omnem iurisdictionem contineri, idest, de quibuslibet caussis: *L. ſi servitus*, *D. de serv. urban. præd.* tamen hoc ita est, nisi quid inde excipiatur. Sciendum est autem, quæcunque hic oratio est, quantunvis generalis in iurisdictione magistratui attribuenda, tamen de sententia legis eas caussas exceptas esse, quas aliis legibus & partibus iuris placet ea attributione generali non contineri, nisi quid aliud in attributione iurisdictionis nominatim cautum sit. Constat enim & priores leges ad posteriores, & posteriores ad priores referri, quasi unæ aliarum partes sint. *L. non est novum*, & duab. sequen. *D. de leg.* Ex aliis ergo partibus sciamus excipi duas species caussarum. Una est earum caussarum, quæ iure magistratus non com-

10) Veluti defensores civitatum, quibus olim ad 50. solidos usque iurisdictio *L. 1. C. de defenſ. civit.* postea ad 300. aureos prolata *Nov. 15. Cap. 3. §. ultim.* ubi Cuiac. Vult. *ad L. 1. Cod. de iurisd. n.* 36. P. Greg. 18. *Synt.* 18. *n.* 5. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 6. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 31. *n.* 53. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 11. *n.* 21. Ubi si 400. petita, sententia plane nulla, & nec in 300. valet. Licet enim minor summa maiori insit, coercetur tamen magistratuum conatus qui modum excedunt, ut Bato *ad L. ult. h. t.* Accedit quod instantia iudicii non dividenda, nec eadem res coram diversis tractanda, Hiero. Alban. *Addit. ad Bart. in L. ult. de iurisd. lit. H.* Maioris vero summæ caussas Proconsul audiebat, non obambulando omnes provinciæ civitates iurisdicendi gratia, sed stato anni tempore, hyberno cumprimis, cum a belli muniis vacaret, conventum indicendo & forum agendo, ut ex Cic. Livio &c. belle probat Ræv. *Protrib.* C. 14. Iuxta hanc quantitatem duos gradus iurisdictionis pro illis vulgatis, constituit Bocer. *C.* 3 *Sub fin.* ut primus contineat caussas, quæ excedunt 300. solidos, vel æstimationem non recipiunt. Alter quæ infra eam summam consistunt. Expedire enim reipublicæ, censet, caussas tenues ab inferioribus disceptari. Aliquando sane quantitas minor, quam ut cognitio sit eius magistratus, sicuti ordinatione Cameræ cautum est de non recipiendis caussis infra 50. aureos Rhenanos, quæ summa postea ad 150. extensa est in Comitiis Spirensibus anno 1570. §. *ars vor dann.* Mynſ. 3. *Obſ.* 89. & 5. *Obſ.* 83. Gail. 1. *Observ.* 123. Vult. *ad L. 1. C. h. t. n.* 36. & novissime ad 300. florenos iuxta deputationem Spirensem anno 1600. si recte Matth. Step. *Lib.* 1. *C.* 31. *n.* 55.

11) Attenditurque principium petitionis, nec si pendente lite valor rei creverit, iudex fit incompetens, Bart. *in d. L.* 11. *n.* 2. ut in supremo imperii tribunali obtinuit Mynſ. 3. *Obſ.* 100.

12) Non fit coacervatio summarum ad impediendam iurisdictionem, licet interdum fiat, ut in casu *L. 9. de pact.* favore debitoris, Govean. *ad d. L.* 11. *n.* 1. vid. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 21.

competunt, sed specialiter tantum lege tribuuntur; cuius generis sunt species duæ; animadversio in facinorosos. *L.* 1. in pr. & §. 1. *D. de offic. eius.* item tutoris datio, ut supra suo loco diximus. *L. muto*, §. *tutoris*, *D. de tutor.* Quarum rerum cognitionem & iurisdictionem placet non deferri nisi specialiter: perspicuum est eam specialiter non tributam pro non tributa esse, eoque generali attributione iurisdictionis non contineri. Sane si cui præsidi hæc ante tributa competere cœperunt, intelligemus etiam successoribus omnibus eadem tributa, si successores in eumdem locum & idem ius eum prioribus vocati sunt: quomodo superiora postea præsidum propria facta esse iure Romano videmus. *L.* 1. in prin. *D. de offic. eius.* Altera species est earum caussarum, quæ postea alicui magistratui ad id constituto specialiter attributæ sunt.

XII. Quæcunque eiusmodi specialis attributio in Republica incidet, hanc vim habere sciemus, ut quantum speciali illi magistratui tributum est, tantum de generali iurisdictione magistratus aut præsidis detractum intelligatur: fiatque hoc modo, ut non vocentur illi prior & posterior in communem iurisdictionem earum caussarum, quo liceat actori unum eligere, sitque is iudex propter præventionem: sed 13 solus sit iudex earum caussarum, cui illæ specialiter cognoscendæ datæ

13) Vulgo contra sentiunt, iurisdictionem in una specie caussarum favore publico concessam in dubio censeri factam cumulative ratione ordinarii, cui iurisdictio universalis, ut apparet ex Menoch. 2. *Præsumpt.* 18. *n.* 26. *& seqq.* plures pro ea DD. sententia textus producente, sed quos plerosque vel impertinentes, vel ad casus speciales pertinere, ipse ostendit, exceptis *L. ult. C. h. t. & L.* 1. *C. de off. præf. urb.* quanquam *in d. L.* 1. quod nec diffitetur Menoch. *n.* 27. cura annonæ, specialiter concessa præfecto annonæ, disertis Imperatorum verbis, servatur etiam præfecto urbi, cui generalis iurisdictio. Unde argumentum præbetur quod, absque eo omnino iurisdictioni generali derogaretur. Ad regulam, Species derogat generi. Resp. Menoch *n.* 29. (1 locum habere in dispositione hominis, non legis, quod *d. L.* 80. refellit 2) locum non habere in iurisdictionalibus favore publico. Sed ut de his plenior habeatur cognitio, paucis de iurisdictione separata, quæ privative, & communi, quæ cumulative vulgo haberi dicitur, ut omissa a nostro suppleantur, dicemus. Utroque modo vel haberi dicitur quoad principem superioremve concedentem, vel quoad alium magistratum ab eodem constitutum. Nam respectu huius privative competere potest, qua respectu Principis cumulative, Bocer. *C.* 8 *n.* 34. Forsan sic expedite. *Respectu sui principe*, vel superior, aut tribuit iurisdictionem, *per collationem*, concessionemve. Et ita in dubio censetur quod sibi eandem vel maiorem retinuerit, Menoch. 2. *Præs.* 18. *n.* 1. Coler. *de Process. P.* 2. *n.* 127. *& seq.* Myns. 6. *Obs.* 99 *n.* 2. *&* 3. Treutlein. *Lib.* 1. *Resol. pract. Tit. de Iurisd. Resol.* 1. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 65. P. Heig. *Q.* 1. *Q.* 9. *n.* 20. *& P.* 2. *Q.* 25. *n.* 18. Bocer. *d. n.* 34. tum quod in generali sermone persona loquentis non contineatur, tum quod iurisdictio omnis in principe, ceu fonte resideat, vid. *supra C.* 7. *N.* 16. etsi privilegii titulo concessa, Zang. *d. n.* 65. per *C. dubium* 13. §. *his igitur de præbend. in* 6. ac etsi titulo oneroso, ut Heig. *d. Q.* 25. *n.* 21. iuncto *n.* 2. Ideoque supremæ Curiæ Spirensi communicatam esse iurisdictionem, non a principe abdicatam, verius censent. P. Heig. *d. Q.* 9. *n.* 19. *& seqq.* Gothof. Anton. *Disp. Antivult. in Caroll. Th.* 20. fuse Matth. Steph. *de Iurisd. Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 1. *membra* 1. *n.* 218. & seqq. *Aut per abdicationem.* Sic tribui volunt quæ in feudum conceditur, feudove concesso annexa est, Menoch. *d. Præs.* 18. *n.* 5. Coler. *d. C.* 1. *n.* 132. volens omni iurisdictionis potestate tunc se privare, solo retento iure superioritatis & regalium, Bocer. *d. loc.* quia, ait, feudum instar ususfructus, qui solius fructuarii est. Nec fere alias: nisi de voluntate concedentis doceatur, aut ita præscriptione quæsita sit, Coler. *d. loc. n.* 137. *& seqq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 15. Quam sibi vindicant civitates, quæ merum imperium habent ac magistratus suos sibi ipsis constituunt, Zang. *d. loc.* Unde in prima instantia superior adiri aut contra eos præventio induci nequit, Coler. *n.* 138. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 26. *n.* 18. *Respectu alterius* magistratus ab eodem superiore, constituti, tribuitur, *vel per communicationem & aut pluribus*, non ut singulis, sed, *ut universis*, quam communem vocat M. Steph. *d. C.* 26. *n.* 24. ubi singuli separatim exercere non possunt, sed omnes simul *L.* 37. *L.* 39. *de re iud. C. prudentiam* 21. *de off. Deleg.* nec præventioni locus, Menoch. *d. Præs.* 18. *n.* 8. *& n.* 38. Bocer. *d. C* 8. *n.* 46. Exempla in *L.* 8. *& L. ult. C. Ubi Cap. fisc. L* 38 ibi, *communis audientia &c. C. de appell* Maioris tamen partis præsentia & cognitio sufficiet, si collegio alicui ita tributa sit, arg. eorum quæ habet Gail. 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 26. *& seqq.* alias contra per *d. L.* 39. diff. Bocer. *n.* 47 *Aut singulis in solidum*, ubi plures parem habent iurisdictionem, seu concurrentem, ac quisque separatim eius exercitium habet, nec quis ab initio adeatur refert, sed uno adito alterius iurisdictio præventa est, Vult. *ad L.* 4. *C. de Iurisdict. n.* 25. Matth. Steph *d. C.* 26. *n.* 3. *& seqq.* Decian. 4. *Tr. crim* 20 *n* 2. Marta *de Iurisd. P.* 2. *C.* 2. *n.* 4. Ita habetur quando iurisdictio generalis & ordinaria eodem in loco pluribus tributa, Menoch. *d. Præs.* 18. *n.* 8. Talem fuisse iurisdictionem consulum, Bocer. *d. lo. n.* 43. *per L un.* §. 1º *de off. consul.* itemque Prætoris peregrini, quem caussas etiam civium iudicare potuisse, & concurrentem habuisse iurisdictionem cum urbano, Menoch. *n.* 27. Bocer. *n.* 38. *per L.* 2. §. 28. *de O. I. v. plerumque*; cum quibus non facio. Confer. Sigon *Lib.* 1. *de Antiq. iur. civ. Rom. C.* 20. Sic Vicarius a lege vel principe assignatus iurisdictionem concurrentem cum magistratu illo habet per *not. C. præced N.* 9. Non item quando specialis iudex ad certas caussas vel inter certas personas generali adiungitur, etsi ut supra DD. regulariter & in dubio contra statuant. Et hæc est concurrens iurisdictio magistratuum eiusdem territorii. Aliquando concurrens iurisdictio inter iudices diversorum locorum, ubi æque præventioni locus, ut cum in eadem caussa alius iudex ratione domicilii, alius ratione contractus initi vel solutionis collatæ. Item si delictum in unius ditione inchoatum, in alterius perfectum *L.* 1. *C. Ubi de crim.* Matth. Steph. *d. C.* 26. *n.* 8. Quandoque etiam iurisdictiones inferiores, inter se separatæ alias, concurrunt in una superiore, quando scilicet ne reus in diversa iudicia distrahatur, adiri potest iudex omnium communis, vid. Vult. *ad L.* 4. *C. h. t. n.* 25. *Vel per abrogationem* (Nota. Per abdicationem dixi conferri, quando iudex ad principem concedentem iurisdictionem habet privative, veluti vasalli, ut supra: per abrogationem vero, quando iudex specialis ad iudicem generalem, qui uterque tamen ab eodem principe iurisdictionem agnoscunt, habet privative, ubi huius constitutione potestati illius aliquid abrogatur *L.* 1. *C de off. præf. urb.* principis autem nihil, ad quem nihilominus uterque iurisdictionem agnoscunt cumulative, iuxta vulgares terminos) uti regulariter quoties specialis cognitio, certarum personarum caussarumve ratione tribuitur, alias iudici universali cæterarum caussarum competitura, ut hic noster. Quanquam vero Menoch. *cum DD. ut supra* & Georg. de Cabedo *P.* 2. *Decis.* 13. Marc. de Mantua *Singul.* 94. regulam contrariam constituant, plures tamen casus excipiunt, quibus, privative iurisdictionem habere iudicem specialem ratione generalis, concedunt. Ut quando magistratus civitatis alicuius iurisdictionem habuit etiam in oppidis & castris subiectis, deinde datur iudex specialis illi castro, vel oppido, per *Nov.* 115. *C.* 3. *in* *fi.* Menoch. *d. lo. n.* 11. Item si iudex duobus ante oppidis ius dixit, quorum alteri novus deinde iudex datus, Menoch. *n.* 15. Aut si favore personarum iurisdictio alteri

datæ funt. Quod ita effe & ratione iuris certa, & exemplo defenditur. Certi iuris definitio eft, in toto iure generi per fpeciem derogari, & id potiffimum haberi, viderique detractum de genere, quod ad fpeciem collatum eft. *L. in toto iure, D. de regul. iur. L. fi peculium*, 10. in princip. *D. de manumit. teft.* Valeat ergo hoc ius & in iurifdictione, cum illa generaliter primo alicui tributa, poftea fpecies aliqua inde nominatim in alium confertur. Congruunt exempla magiftratuum Romanorum huius generis. Prætore fideicommiffario conftituto, folus is effe cœpit, [14] qui de fideicommiffis ius diceret; ea fcilicet parte iurifdictionis prioribus prætoribus detracta. *Inft. de fideic. hered.* in prin. *L. 2. §. capta*, verf. *Divus, D. de origin. iur.* Quæ res fecit, ut divifis ita iurifdictionibus, recte diceretur alius prætor pro alio per errorem adiri poffe, ut eft in *L. fi per errorem, D. de iurifdict.* Sic & conftituto procuratore fifci, feu Cæfaris, cœperunt cauffæ fifcales ad notionem eius pertinere, ita ut nec ad [15] proconfulis aut præfidis revocari poffent. *L. 1. L. 2. C. ubi cauf. fifc.* Nempe hactenus detracta ea parte iurifdictionis præfidibus, qui alioqui omnium rerum iurifdictionem habuerunt in provincia generaliter lege delatam. *L. 4. D. de offic. præfid. L. fi in aliam, §. ult. C. de offic. proc.*

XIII. Hoc tamen ius in iis iudicibus probatum non eft, quibus in eos, qui aliquam profeffionem aut negotiationem ideo ius dicere conceffum eft, quia fumma cura eius profeffionis ad eos pertinet. Sic enim placuit iftos quorum ea profeffio aut negotiatio eft, fupra fcriptorum iudicum notionem defugere [16] non poffe, ut nihilominus & præfidis iurifdictioni fint fubiecti; fitque ex iftis [17] is iudex, quem actor elegerit, ideft, ad quem ab actore illi in ius vocati fuerint. Cautum in *L. ultim. C. de iurifd.* quæ cum [18] exceptio fit in his iudicibus, haud dubie exceptio in reliquis fpecialibus magiftratibus

teri conceffa, Cabedo *d. Decif.* 13. *n.* 9. Menoch. *d. lo. n.* 17. vel privilegio eius, cui conceffa eft, idem *n.* 23. Item fi præfcriptione acquifita, maxime fi, contra quem præfcriptum, prohibitioni acquievit, ibidem, *n.* 24. *&c.* Cumprimis vero quando per verba taxativa ad certum cauffarum genus conceffa. Menoch. *d. lo. n.* 13. Bocer. *d. C.* 8. *n.* 37. Trentacinq. *d. Refol.* 1. *n.* 2. merito reprobans contra fentientes. Quæ enim alias vis erit taxativæ. Exempla *L. viros* 8. *C. de diverf. of. L. ult. C. Ubi cau. fifc.* ex qua tamen quidam contrarium perperam adftruunt, quafi illo cafu etiam rector provinciæ cognofcat, per *L.* 8. *C. eod.* atque ita nec per verba taxativa *d. L. ult.* iurifdictio illius generalis adempta cenfeatur. Nam fpecies dd. LL. diverfas oftendit Menoch. *d. lo. n.* 28. Bocer. *d. C.* 8. *n.* 39.

14) Vid. Vult. *ad L. un. C. Ubi fid. peti. n.* 20. *& feq.* Sc. Gentil. *Lib.* 2. *de Iurifd. Cap.* 22. *p.* 280. *& feqq.* add. *fupra Lib.* 7. *C.* 24. *N.* 3.

15) Male igitur & contra *d. L.* 2. docent Menoch. 2. *Praf.* 18. *n.* 24. & Bocer. *de Iurifdict. C.* 8. *n.* 39. iurifdictionem Procuratoris Cæfaris exerceri quoque a Proconfule poffe, per *L.* 9. *de off. procanf.* ubi voculam *melius* dicunt effe comparativam. Sed imo pofitivæ vim ibi habet, ut in *L.* 1. *de ineff. teft.*

16) Non tamen nifi in cauffis, quæ ad negociationem eam, feu artificium collegii fpectant, vid Foller. *in Addit. ad Marantam P.* 4. *Dift. iudic.* 9. *n.* 88. *& feqq.* Gail. 2. *Obf.* 20. *n.* 9. five publicæ fint, univerfos collegas concernentes, five privatæ fingulos. Nam ut Bald. *in d. L. ult. in fin.* Titius mercator duplicem refpectum habet. (1) Ut mercator; fic fubeft præfecto mercatorum & ftatuto. (2) Ut Titius alius civis; fic fubeft magiftratui ordinario & civitatis legibus ac ftatutis, Vult. *ad d. L. ult. n.* & Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurifd. P.* 2. *C.* 8. *n.* 15. Nec tantum fi adhuc collegiatus fit reus, fed etiam fi fuerit tempore negociationis. Exemplum habet Sich. *ad d. L. ult. n.* 3. Pellio ex emptione pellium debet, 100. Poftea pellionum tribu relicta affociat fe collegio mercatorum. Convenitur recte coram iudice pellionum, Vult. *ibidem n.* 25. Matth. Steph. *d. C.* 8. *n.* 8. arg. *L. ult. C. Ubi de ratiocin.* Hos vero iudices putat Dur. *de Iudic. Cap. de Foro comp. f.* 165. non ab opificibus ipfis, vel mercatoribus conftitui, ne obftet *L.* 3. *C. h. t.* fed curam illam mandari *d. L. ult.* fcilicet a civitate vel Republica, in qua munus exercetur lege municipali. Licet enim, ait, legibus fe & pactionibus obftringere, atque ita ftatuta condere poffint *L. ult. de colleg.* (adde *L.* 2. *in fin. C de conftit. pecun.* ac vid. Bodin. 3. *de Rep.* 7. Vinc. de Franch. *Decif.* 2. *n.* 30. *& feq.* & intellige fi fint rationabilia, cuiufmodi negat effe illud, ut quod unus cepit, alteri perficere non liceat, poft Moll. 2. *Sem.* 15. *n.* 1. Matth Steph. *d. C* 8. *n.* 24.) tamen de his, quæ fuæ funt negociationis. Iurifdictio vero publici iuris eft. *Ita* Duaren & probat Obrecht. *de iurifd. C.* 6. *n.* 70. Verum recte Vult. *ad d. L. ult. C. h. t. n* 18. ac Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Iurifd. C.* 38. *n.* 30 *& Lib.* 2. *P.* 2. *C.* 8. *n.* 10. Bronchor. 2 *Mifc. Aff.* 10. eligi quoque poffe hos iudices ab ipfis collegis, vel eorum potiori parte, neque fpecialem iurifdictionis conceffionem a fuperiore, quin nec confirmationem requiri. Sed eo ipfo, quod eliguntur, fimul iurifdictionem ipfis conferri: Non tam quod collegiati non finguli ut privati fpectantur, fed in univerfitate, quam quia collegio ab initio auctoritate principis conftituto fimul poteftas data eligendi iudices de cauffis fuæ artis ac profeffionis, qui fine iurifdictionis exercitio nulli.

17) Ut habeant iurifdictionem concurrentem, ille ex generali, hic ex peculiari poteftate, & coram uno conventus forum declinandi ac ad alterum revocandi ius non habet, Vult. *ad d. L. ult. n.* 26. Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 2. *C.* 8. *n.* 3. *&* 4. Vincent. de Franc. *Decif.* 88. *n.* 4. Caveri tamen collegii decreto poffe, cenfet Bodin. 3. *de Rep.* 7. *n.* 334. fub certa pœna, ne quis collegarum litem cum collega alibi tractet, iudicarive patiatur, per *L. ult. D. de decret. ab ord. fac.* ubi etfi vox *diiudicarit* verfa legatur *iudicaverit*, melius tamen forfan vertetur in ius vocaverit vel litigaverit. Sic in Regno Neapolitano artem Serici tractantes, coram confulibus eius artis conveniendi, Vinc. de Franc. *Decif.* 363 *&* 679. Ac certe ut Bod. idem *n.* 313. intereft collegii cauffas collegarum aliis non committi, quia fingulis fere fua quædam funt arcana, aliis nec percepta nec cognita Nec quifquam commodius de mercaturæ negociis iudicabit, quam illis exercitus. Unde illud. *Perito in arte credendum effe.* De iudicio mercatorum eiufque fpecialibus &c. vid. Marant. *Specul. aur. P.* 4. *Diftinct.* 9. & inprimis in add. *ibi* P. Foller. *n.* 48. *& feqq.* Gail. 2. *Obf.* 30. Rainal. Cort. 2. *Indag.* 27. Benven. Straccha *de Merca.*

18) Non hæc tamen fola, fed & alia in *L.* 1. *C. de off. praf. urb.* ubi iurifdictio præfecti annonæ fpecialis concurrit cum generali poteftate præfecti urbis. Itemque alia in *Nov.* 60. *C.* 1. §. 1. ubi in cauffa prohibiti fepulcri iurifdictio tribuitur magiftro officiorum & præfecto prætorio, nec præfecti urbi iurifdictio, cuius antea de eo notio *L.* 1. *pr. de off. praf. urb.* quoad illam minuitur aut reftringitur. Bocer *de iurifd. C.* 8. *n.* 40. *& feq.* Unde Menoch. 2. *Praf.* 18 *n.* 21. quando odio certarum perfonarum iurifdictio alteri iudici tribuitur, cumulative illam concedi, vid. *fupra N.* 13.

bus & iudicibus superiorem sententiam confirmat. *argum. in L. quæsitum*, §. *idem respondit, domo instructa*, *D. de inst. inst. leg.*

XIV. Descriptione & attributione caussarum superiore cognita, hæc iurisdictioni cuiusque magistratus & iudicis in caussis cognoscendis legem & modum dabit: eritque hic modus, ut de caussis sibi attributis recte cognoscat iudex; extra has sciamus magistratus iurisdictionem non esse, & quidquid hic statuerit, supra iurisdictionem statuisse videri, proinde iudicati auctoritatem non habere, tantum statutum a non suo, seu a non competente iudice. Quod definitum est in *L. ultim. D. de iurisd.* his verbis; supra iurisdictionem suam ius dicenti impune non pareri. Supra iurisdictionem suam ius dicit, qui dicit in suo territorio quidem, sed [19] supra modum iurisdictioni suæ præstitutum, id est, extra caussas aut personas iurisdictioni suæ attributas. Hoc qui facit, negat definitio cogi quemquam ei dicto parere, ac non parere vult licere impune. Quod & multis exemplis iuris civilis confirmatur. Hinc enim sunt illa: [20] Latrunculatorem de re pecuniaria iudicare non posse. *L. solemus*, §. *ultim. D. de iudic.* quia scilicet latrunculator est, cui provincia mandata est in latrones inquirendi, deque his statuendi: proinde & quæ huius notio est de re pecuniaria, supra eius iurisdictionem. Item, procuratorem Cæsaris non esse competentem iudicem in lite privatorum, & quod dixerit inter privatas personas, nullo iure valere. *L. 1. C. de iurisdict. omn. iud. L. 1. C. de pedan. iudic.* Nempe quia ita constitutus est, ut de caussis fiscalibus inter fiscum & privatos cognosceret. *L. 2. L. ad fiscum, C. ubi caus. fisc.* Item, qui ad certam quantitatem iudex constitutus est, extra hunc modum ius non dicere. Unde quæstio, quando videatur hic modus excedi. *d. L. si idem, D. de iurisd.*

XV. Quod tamen dicitur extra caussas iurisdictioni suæ commissas nulli ius dicere licere, sic accipiendum est, ut non liceat adversus invitos. In consentientes etiam in aliis caussis erit iurisdictio. *L. 1. D. de iud.* de quo amplius in commune dicetur proximo capite. Quinimmo & adversus invitos interdum porrigitur in aliis quoque caussis iurisdictio iudicis certis caussis definita. Quod fit, cum non caussa alia defertur ad iudicem principaliter, sed eius caussæ quæstio in iudicium apud eum recte institutum incidit. In quo utilis definitio tenenda est, quæ traditur in *L. 1. C.* de ord. iud. *Pertinet*, aiunt Imperatores, *ad officium iudicis universam* [21] *incidentem quæstionem quæ in iudicium devocatur, examinare*, etsi super ea caussa principaliter cognoscere non possit: & addunt rationem, quoniam non de ea, sed de re in iudicium principaliter deducta iudex pronuntiat. Finge peti hereditatem ab eo, qui se filium defuncti diceret: hunc a possessore hereditatis summoveri, quod dicatur filius defuncti non esse; aut etiam servus esse. Ex hoc conflictu incidet in iudicium petitionis hereditatis quæstio de statu huius filii. Si proponas peti hereditatem apud eum iudicem, qui de statu cognoscere non possit, possit tamen de hereditate, nihilominus & is in hac quæstione cognoscet de statu: & si actorem cognoverit filium esse defuncti, iure possessorem ei de hereditate condemnabit; sin aliter, absolvet.

XVI. Sed quoniam superior definitio ex ea lege petitur, quam dixi, nec nisi eo loco cognito ipsa definitio satis intelligi potest, est autem locus admodum obscurus: consultum puto & e re propositi, paucis eius rescripti sententiam hoc loco exponere. Unde & definitio ipsa certius nobis constituatur. Species facti huiusmodi: Testatori, qui extraneo herede instituto decesserat, postumus natus est. Is postumus per tutores suos, & matrem (nam hos inscriptio rescripti significat) hereditatem vindicabat; quod diceret testamentum ruptum esse agnatione postumi. *L. 1. L. 2. D. de iniust. rupt.* testamento rupto se ab intestato legitimum patri heredem esse. Heres scriptus ita hunc

19) Ita Cuiac. *ad L. 1. de V. S.* supra summam certam accipiens *d. L. ult.* de magistratibus municipalibus, arg. *L. 35. C. de decur.* add. Duar. *ad tit. D. de iurisd.* C. 6. *n.* 7.

20) Duar. *ad t. D. de iudic. Cap. de iudic. f.* 154. Coras. 3. *Misc.* 17. *n.* 9. Cuiac. 19. *Observ.* 11. docent eos Græce *λῃσταρχας* vocari, ex instituto Augusti profectos, & Vult. *ad L. 1. C. h. t. n.* 100.

21) *L. 1. C. de off. rect. provinc. L. 3. C. de iudic.* quia cui concessum consequens &c. *L. 56. L. 62. de Procur.* Nam si non expedita quasi incidente de principali negocio statui nequit, de ea summarie cognoscendum, ne continentiæ caussæ dividantur, Wes. *ad d. L. 3. n. 3. &* 4. Hotom. *ad d. L. 3.* iudicem de incidenti cognoscere obiter tantum quatenus ad principalis negocii cognitionem spectat, non autem statuere & pronunciare posse, quia non de alia re sententia valeat, quam quæ in iudicium deducta, Sed de eo vid. *Rob. 1. Sent.* 12. Menoch. *Arbitr. Cap.* 167. P. Frider. *de Process. extr. Lib. 3. de Cont. caus. C.* 5. *n.* 13. Fachinæ. 1. *Contr.* 43. Quid si incidat quæstio spiritualis in caussa civili, an suspenso principali negocio ad Ecclesiasticam remittenda? Quidam id volunt, etsi in facto consistat, Fachin. 1 *Contr.* 44. Contra vid. Bart. *in L. 2. de iurisd. n.* 4. Wesen. *ad d. L. 3. n.* 8. Gœd. *de Sequestr. C. 1. n. 38. & seqq.* Bocer. *de Iurisd. Cap. 3. n. 27. & seqq.* Thom. Mich. *Conclus. de Iurisd. 41. & seqq.*

hunc summovebat. Negabat filium esse defuncti; ex ancilla defuncti natum esse dicebat, non ex uxore. Quæsitum est, quia hic incidebat quæstio de statu, an caussa nunc quidem agi posset apud præsidem, quasi is de statu cognoscere non possit. Rescribunt Imperatores nihil impedire, cur non possit agi, etsi super status caussa cognoscere non possit. Et subiiciunt eam definitionem quam supra dixi; de qua minus dubitaremus, si verum esset hoc quod prius dicunt Imperatores, præsidem super caussa status cognoscere non posse. At hic nobis occurritur. Non modo enim certi iuris est, præsides de statu potuisse cognoscere; sed etiam solos potuisse. Testatum in *L.* 1. *C. de ordin. cog. L.* 2. in fin. *C. de ord. iudic.* Non necesse est hoc loco persequi verbis, quam misere omnes 22 interpretes hæc verba torserint, quid item ad eorum explicationem attulerint, id ex ipsorum scriptis cognosci potest. Ego & præsides de statu cognoscere potuisse ex superioribus locis certum habeo, neque id hoc rescripto negari existimo: quanvis de præside ipso, non de iudice a præside dato loqui Imperatores non sit obscurum. Quid ergo illa verba sibi velint, tam clare scripta, etsi super status caussa cognoscere non possit? Dictum hoc est non affirmanter, sed concessive, seu malumus, potentialiter augendi caussa, quasi ita dicerent; quæstio status in proposito notionem præsidis non impedit, etsi concederemus eum de statu cognoscere non posse; seu etsi ius ita se haberet, ut de statu cognoscere non possit: sitque hæc sententia. Tantum abest, ut per quæstionem status in iudicium de hereditate incidentem impediatur notio præsidis, cum principaliter de statu possit cognoscere; ut etiamsi de ea cognoscere non possit, nihil id tamen futurum fuerit impedimento. In eo non est, quod hæsitetur, quod quæstionem, quæ hic movetur adversus pupillum, dicamus repræsentari, quæ alioqui edicto Carboniano iubetur differri in tempus pubertatis. *L.* 1. *D. de Carbon. edict.* Tum enim iubetur differri, cum impubes bonorum tantum possessionem petit, non etiam cum ultro petit hereditatem: quod hic factum est, *L.* 3. *§. ult. D. de Carbon. ed.* Hoc posito, etsi præses super caussa status cognoscere principaliter non posset, nihilominus eum in proposito de statu actoris impuberis potuisse; restabat, ut eius sententiæ reddetent rationem, quia ipsi secum pugnare videbantur. Subiiciunt ergo eam rationem, quam supra posui, atque ita definiunt; pertinet enim, aiunt, ad officium iudicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quæstionem quæ in iudicium devocatur examinare. Recte; quia, ut alibi Ulpianus scribit, iudici statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur, id est, quæ ad rem in iudicium deductam cognoscendam, præstandamque pertinent. *L. ædiles, §. pen. D. de æd. ed.* Et certe si iudicium de re aliqua iudici commissum est, etiam illa commissa intelliguntur, sine quibus iudicium exerceri non potest. *L.* 2. *D. de iurisd.* Verumtamen supererat hic illa obiectio, quod si præses de statu iudicare non potest, ut Imperatores posuerunt, ne nunc quidem videatur de eo posse cognoscere, quia futurum sit, ut & nunc de eo iudicet. Ergo & hoc in extremo summovent. Pertinet, inquiunt, ad iudicis officium omnem incidentem quæstionem examinare, neque eo impeditur, quod de ea pronuntiare non potest. Nam ne nunc quidem de ea, sed de hereditate, de qua iudicium institutum est, pro-

22) Quomodo etiam noviores, sed ita ut verba illa, non de præside, verum de iudice dato exaudiant. Unde ne priora refragentur, varie verba exponunt vel immutant. Govean. 1. *Var. Lect.* 34. & Io. Tavard. *ad §.* 13. *I. de act. n.* 15. & Wesenbec. *ad d. L.* 1. in verbo *docere* subaudiunt illa: iudicem a præside datum, quia illis verbis *adire præsidem*, necessitas cognoscendi præsidi non iniuncta est, *L.* 8. *& seq. de off. præs.* Hotom. 6. *Obs.* 6. post verbum *cognoscere* inserit voculam *iudex*; caussam sic constituens plane contrario modo, quam Donellus noster & alii. Scriptus heres petit hereditatem. Obiicitur agnatione postumi ruptum esse testamentum. Replicatur postumum non esse filium, forte quod natus 11. mense; Quæritur an iudicio de petitione hereditatis pendente, apud pedaneum incidens caussa status ad præsidem revocari possit. Ratio dubitandi in *L.* 30. *de iudic. & sim.* Deciditur quod sic. Ratio decidendi; quia quæstio hæc eiusmodi de qua iudex delegatus statuere nequit *L.* 7. *C. Ne de sta. def.* Subditur, in vers. *pertinet*, Recuperatorium iudicium nihilo minus ad exitum perduci *L.* 3. *C. de iudic.* quia aliud est cognoscere pronunciandi caussa, aliud obiter & incidenter. Ita Hotomannus. Quæ expositio vix est ut probari possit, pluribusve reprobari debeat. Quis sic in d. vers. *pertinet*, nihil minus quam ratio superiorum redditur, quam tamen reddi continet vocula *enim* quæ causalis. Goth. *in d. L.* 1. pro *præsidem provinciæ*, reponit præsidis provinciæ delegatum. Quo etsi omnem difficultatem tolli existimet A. Fab. 17. *Coniect.* 8 displicet tamen illi quod vox *delegatum*, elegantia illius temporis, quo rescriptum editum non conveniat. Putat enim antiquos nunquam verbum delegandi usurpasse, nisi in specie novationis, quæ delegatio nuncupatur. Quæ liquidi erroris arguuntur, ex *L.* 1. *pr. de off. eius cui mand. L.* 8. *de dam. inf. L.* 2. *D. ad L. Iul. pecul.* Ipse vero Faber verba *accepto iudice* interiecit, legens *& accepto iudice ruptam &c.* quia verbum *docere* probationem denotat, quæ ex veteri iudiciorum ordine non apud præsidem, qui cognoscere non poterat, sed iudicem datum, expediebatur? Sed absit ut huiusmodi depravationes textus unquam probemus. Si cui Donelli nostri solutio non satis faciet, facile patior ut accedat Marco Lycklama 4. *Membran.* 9. sic exponenti: etsi super status caussa cognoscere non possit, scilicet ob personam cui status quæstio movetur iurisdictioni suæ non subiectam, ut si ex alia provincia sit, quam in qua lis hereditaria movetur.

pronuntiat. At hoc etiam nos remorari potest. Quid enim refert, dixerit aliquis, de incidente quæstione iudicatum non esse principaliter, si id re ipsa eundem effectum habeat? quod quidem hic accidere videtur. Finge præsidem pronuntiare impuberis esse hereditatem. Vi ipsa eum liberum esse dicit: neque possessor unquam hereditatem ab eo tanquam a servo vindicabit, obstante ei rei iudicatæ exceptione. *argum. L.* 3. *L. si quis cum*, §. *si ancillam*, *D. de exc. rei iud.* Sed non ideo hoc idem valet, atque si de statu impuberis principaliter actum & pronuntiatum esset. De hereditate quidem ipsa cum petitore tanquam qui ob suprascriptas caussas heres non sit, agi non potest. Sed si is qui de hereditate victus est, eumdem illum petitorem servum suum esse ex alia caussa intendat, nihil obster ei, quominus id faciat. Aut, quod victor adversus alias personas pro libero non habebitur, eum si de eius statu iudicatum esset, haberetur; vis hæc est præiudicii. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. in princip. *D. de liber. agnosc.*

C A P. X.

In quas personas sit cuiusque iudicis iurisdictio: ac primum, quatenus in consentientes.

Methodus, eiusque ratio. I.
In quas personas sit iurisdictio ex iure æstimari, non ex constitutione magistratus. II.
Subiici quemque iurisdictioni aut volentem, aut invitum. In volente concurrere tria oportere. III.
1. *Ut litigantes se subiiciant iurisdictioni, conventione vel facto.* IV.
Conventione vero non nuda, sed legitima, & quare. V.
Facto ita si litis contestatio secuta. Hoc conventione sola efficacius & quomodo. VI.
2. *Ut iidem consentiant in iudicem. Dissensus a quo probandus.* VII.
Dissensum faciunt error, & violentia; quatenus utrumque, & quale. VIII.
3. *Ut ille in quem consentiunt, habeat aliquam iurisdictionem.* IX. X.
Sive propriam sive delegatam. Contrariorum refutatio. XI. XII.
Etsi habeat certis limitibus circumscriptam; extra eos fines cognoscere illum inter consentientes. XIII. XIV.
Præterquam si novæ caussæ exequendæ non sufficiat illius iurisdictio. XV.
Alia excipi ab Accursio, quæ auctori non probantur; quæ illa. XVI.
Contraria iurisdictioni prorogatæ in consentientes refelluntur. XVII. XVIII. XIX.
Quæ iurisdictionis prorogatæ vis & effectus. XX.

I. Constituta iurisdictione iudicis tum ex territorio, tum ex caussis iurisdictioni eius attributis, etiam illa pars superest non minus ad iurisdictionem constituendam pertinens, in qua de personis quæritur, in quas sit iurisdictio. Non enim, ut proposui, omnes eum quibus agitur, iurisdictioni iudicis subiecti sunt, quantumvis conveniantur in territorio iudicis, & in caussis ad iurisdictionem eius pertinentibus. Quid enim, si is qui ad eum vocatur, sit exterus, non subiectus eius territorio, & ut veteres loquuntur, quid si sit ex aliena iurisdictione, aut alterius fori? sic enim verba sunt Ulpiani in *L.* 5. *L.* 7. *D. de iud.* Restat igitur, ut hoc quoque tertium constituamus ad definiendam omnem competentem iurisdictionem, in quas personas sit cuiusque iudicis iurisdictio: & quod idem est, quæ personæ cuiusque iudicis iurisdictioni subiectæ sint.

II. In quo quid sequamur, non ut in superioribus partibus ex constitutione magistratus, sed ex iure de hac parte constituto potissimum sumitur. Sane interdum etiam hic constitutio magistratus rem aliquatenus explicat. Sunt enim, qui ipsa lege præficiantur nominatim certis personis, quales sunt iudices militares: sic constituti, ut inter milites tantum ius dicant: quo in numero fuit apud Romanos magister militum. *L. magisteria*, *C. de iurisd. omn. iud. tit. C. ut iud. tam civi. quam mili.*

mili. qualis procurator Cæsaris; cuius iurisdictio fuit inter [1] fiscum tantum & alias personas. *L. 1. C. de pedan. iud. L. 1. D. de iurisdict.* qualis Rector universitatis inter studiosos *ex auth. habita, C. ne fil. pro patr.* Quorum iurisdictioni cum personæ certæ nominatim attribuantur, ipsa hæc constitutio satis loquitur in eas personas iudicis iurisdictionem esse, in cæteras non esse. Sed tamen ne hoc quidem posterius in his est perpetuum. Est enim his ipsis iudicibus & in alias personas ex certis caussis iurisdictio; de quibus postea suo ordine. Et ut in his esset perpetuum: tamen pertineret ad paucos iudices. Raro fit enim, ut in certas istas personas iudices constituantur: ubi autem non constituuntur, quæ maxima iudicum pars est, ibi non aliunde sumi potest, quam ex iuris definitione, in quas personas sit eorum iudicum iurisdictio. Quod cum pertineat etiam ad priores, reliquum est, ut quid hic ius constituat, in commune dicatur.

III. In quo non idem servatur in omnibus, sed ut caussæ esse videntur, ita varie ius constitutum est. Est autem in eo hæc summa distinctio: Interest enim, utrum cum consentiente; nec iurisdictionem iudicis detrectante agatur, an cum invito. Et si cum invito, utrum cum eo, qui ex alterius persona conveniatur, an qui ex sua. Et si ex sua, utrum ex iure communi agatur, an ex privilegio; de quibus deinceps considerandum est. Sit ergo cum de iurisdictione iudicis subeunda quæritur, prima hæc & summa divisio: subiici quemque iurisdictioni iudicis partim [2] volentem, partim invitum. Subiicitur volens, ut quisque alicuius iudicis audientiam secutus est, quanvis iure non [3] subiiceretur eius iurisdictioni: si tamen quædam hic intervenerint, quæ ad eam rem ius exigit: de quibus eum ex professo comprehensum sit definitione Ulpiani, quæ exstat in *L. 1. D. de iudic.* eaque definitio totam hanc partem breviter & enucleate contineat: ea definitione nunc utemur, simul quid valeat, expendemus. Definitio ita est: *si se subiiciant aliqui iurisdictioni, & consentiant; inter consentientes cuiusvis iudicis qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio.* In volentes fore ait iurisdictionem, etiam qui prius iure non subiicerentur iudicis iurisdictioni: sed si tria hæc concurrant, Primum, si se subiiciant iurisdictioni. Secundum, si consentiant. Tertium, si is sit iudex, qui aliquam per se iurisdictionem habeat. Quæ singula qualia sint, tum qualem hic subiectionem adferant, videamus.

IV. Prima igitur conditio est, si se subiiciant litigatores iurisdictioni. Subiicit se quis iurisdictioni aut [4] conventione aperta, aut re ipsa & facto. Conventione, si convenerit ut aliquis iudex pro alio adiretur: puta, ut exterus apud iudicem huius loci conventus apud eum responderet & caussam ageret.

V. Non omnis tamen conventio ad eam rem est utilis, sed solum iusta & legitima conventio, quæ per se in aliis quoque caussis actionem pareret. Nuda & sola conventio ad eam rem reo non nocet, quominus priusquam iudex adiretur, liceat ei voluntatem mutare, nec quisquam ei conventioni stare cogitur, inquit Africanus [5] in *L. si convenerit, D. de iurisd.* An quod pactio est de iurisdictione iudicis

1) Itemque privatos utrinque, si actio occasione contractus cum fisco oborta, ubi in arbitrio actoris iudicem alium an procuratorem Cæsaris adire velis, si recte Vult. *ad L. 4. C. Ubi cau. fisc. n.* 2. per eum textum improbans Accursium *n.* 5. qui vult ibi prorogatam esse iurisdictionem. Omnis autem huius notio in pecuniariis. De fiscalibus caussis criminalibus præsidum vel proconsulum iurisdictio. Qua de re, & de ufficio huius magistratus, vid. Briss. 3. *Antiq.* 18. Cuiac. 19. *Obs.* 15. Vult. *ad L. 1. C. de iurisd. n. 41. & seqq. & ad L. 1 C. Ubi cau fisc. n. 7. & 8.* Bocer. *de iurisd. C. 7. n.* 5. Paurmeist. *Lib.* 2. *C. 4. n.* 119. Padilla *in L. si manifesti* 7. *C. de serv. n.* 4. Marcell. Donat. *Dilucid. in Sueton. pag.* 641. *& seq. &c.*

2) Ita Paurm. *Lib. 2. de iurisdict. C. 4. n. 87. & seqq.* Eodem sensu Vult. *ad L. 1. C. hoc titulo n.* 69. Aut subiicitur volens aut invitus. Uterque lege; hic iubente, ille permittente. Hic lege sola & ita iure, ille voluntate sua in societatem legis adiecta, & ita facto iure approbato. Hic regulariter, ille irregulariter seu exceptive. Hic competentia in thesi, illic in hypothesi. Sic Bocer. *de iurisd. C. 7. n.* 1. Competens iurisdictio aut iuris auctoritate aut partium consensu.

3) Ex eo inter alia, quod litigans maior vel æqualis iudice *L. 14. de iurisdict.* Etsi id in voluntaria iurisdictione non procedat *L. 14. de manumiss.* Ratio differentiæ. Indecorum est, ut magistratus ipse ad æqualem, nedum minorem veniat, quod in voluntariæ iurisdictionis actibus necesse, qui per alium expediri non possunt. Litigare autem per Procuratorem licet. Accedit quod quia actus iurisdictionis voluntariæ apud se exsequi potest *L. un. §. 2. C. de off. cons.* frustra ab alio petit, arg. *L. quia non* 22. *de cond. inst.* ita Govean. *ad d. L. 14. n. 3. & 4.* Vult. *ad L. 1. C. de iurisd. n.* 76. Obrecht. *de Iurisdict. C. 12 n.* 18. Bocer. *C. 7. n. 16. & C. 9. n* 9. Scip. Gentil. *Lib. 1 Cap. 18. in fin.* Matth. Steph. *Lib. 1. C. 24. n. 6. & seq.*

4) Ita & Vult. *ad L. 1. C. h. t. n.* 138 prorogationem fieri vel conventione vel re & facto, & Matth. Steph. *Lib. 1. C. 25. n.* 6. (quia tamen *n.* 11. requirit utrumque copulate & consensum & aditionem iudicis. Quæ vix secum conveniunt) Paurmeist. *Lib 1. C. 25. n.* 4. vel aperta conventione, vel tacita Mallem dixisse expressa pro aperta, per ea quæ *supra Lib. 14. C. 16. N.* 5.

5) Diss. Coras. *ad d. L. 18. & 4. Mis. 5. per L. pen. C. de pact.* Qui & *d. L.* 18. ita accipit, si ab utraque parte mutata voluntas. Sicuti enim, arguit, priora verba, *si convenerit*, in utramque partem intelligenda, ita & posteriora *mutata voluntas*. Rationem dubitandi ponit in eo, quod non videatur posse id fieri in præiudicium iudicis, cui ius esset quæsitum Quæ & Alberici solutio ad pugnam *d. L. pen. & d. L.* 18. quam reprobat Lorint. *de Iurisd. Axiom. 44. & seqq.* & Vult. *ad d. L. 1. C. h. t. n.* 146. ita Responsum alienum fieri a gravitate Africani; remque indubiam reddi. In sententia vero convenire videtur

cis subeunda? Immo quia nuda est conventio, quæ nec in aliis rebus omnibus prodesset ad actionem ex regula iuris certi, ex pacto nudo actionem non nasci; *L. legem*, *C. de pact.* *L. iurisgentium*, *§. sed cum nulla*, *D. de pact.* Quod ius etiam hanc conventionem continet. Quippe qua id agitur, ut agere liceat adversus reum apud eum iudicem, apud quem se defendere iure non cogitur. Hanc vero actionem ex huiusmodi pactione superior regula denegat. Quod si idem convenerit iusta & legitima conventione, contraria de caussa dicemus, eum qui id caverit, iudicis iurisdictioni ita se subiecisse, ut nec mutata ante aditum iudicem voluntate possit defugere eius iurisdictionem: nempe quia ei conventioni iam stare cogitur. Talis conventio est iure civili [6] stipulatio, ex qua eodem iure actionem nasci & cui proinde quemque stare cogi constat. *§. de constituta*, *Inst. de act.* *Inst. de verb. obl.* in princ. Quare & qui stipulanti actori promiserit se forum & iudicem actoris secuturum, in eum cum vocatus erit, eius iudicis iurisdictio futura est. De quo ne dubitemus, eius rei certum argumentum est, quod unusquisque ex contractu suo subiicitur iurisdictioni eius iudicis, in cuius territorio contraxit; de quo postea. *L. heres*, *§. 1. D. de iud.* Neque vero hoc ius aliam rationem habet, quam quod qui alicubi contraxit, tacite convenit in negotio gerendo (quæ iusta conventio est) ut eo loco posset conveniri. Quæ si conventio illic servanda est, erit & tunc, cum aperta conventione id ipsum nominatim cautum erit; dum pariter conventio sit legitima, & ad actionem utilis, qualis est stipulatio.

VI. Re & facto se subiicere iurisdictioni quisque intelligitur, qui vocatus ad iudicem non competentem audientiam eius elegit, ut est in *L. 1. C. de iurisd. omn. iud.* id est, qui vocatus ad iudicem venit, & ibi cognita actione adversarii de re respondens, & aut inficians intentionem, aut defensione aliqua actionem removens præscriptionem fori omisit, & in summa si actionem suscepit, id est, litem contestatus est, omissa fori præscriptione; ut hoc explicatur in *L. sed etsi susceperit*, in prin. *D. de iud.* Hoc, inquam, facto solo reus, ut nihil aliud de consensu eius probetur, se iurisdictioni iudicis [7] subiecisse intelligitur. Nec iniuria; necesse est enim intelligi nos eum pro iudice habere, ad quem tanquam ad iudicem vocati sumus, si ad eum venientes & talem agnoscentes, rem de qua agitur, audientiæ eius & cognitioni permittamus, quod fit adversus petitorem consistendo, & rem in controversiam deducendo. Sed cur potius hoc facto reus se subiicere iurisdictioni dicitur, quam aperta conventione extraiudiciali? cum hoc factum nihil videatur habere amplius, quam consensum litigatoris de iudice eligendo? Immo vero habet amplius, & id quod merito factum hoc distinguat a superiore conventione. Conventio extra iudicium de iudice adeundo interposita nihil habet, quo cogat reum ei conventioni parere. Non enim actionem parit, qua cogatur reus apud

tur Loriottus, dum *Axiom.* 48. accipit *d. L. pen.* de pacto ex altera parte obligatorio, quod semper exceptionem parit: *d. L.* 18. vero de mutuo, hinc inde obligatorio, quod exceptionem non parere docet, quia ab eo re integra recedere liceat, per *L. 3. §. 3. de cond. ca. da.* Inconcinne. Nec melius Duar. *ad tit. D. de iurisd. C. 6. n. 7.* pactum nudum hodie sufficere, & per *d. L. pen.* ius Pandectarum *d. L.* 18. emendari. Alii *d. L. pen* de pacto non nudo, sed incontinenti contractui adiecto, exaudiunt. Cuiac 7. *ad Afr. in d. L* 18. Bron 1. *Ass* 41. *Pac.* 1. *Enant.* Q. 60. Fach. 1. *Contr.* 1. Iac Ferret. *in not ad Guid. Pap. Decis.* 277. P. Busius *ad d. L.* 18. *n.* 3. Sed non convenit ratio subiecta *d L. pen.* verba *nemini licere &c.* Quare aptius & felicius qui discrimen pactorum agnoscunt, in *dd. LL.* Nam in *L.* 18. agitur de prorogatione iudicis incompetentis, ubi non tantum negat paciscens, se ad suum iudicem non revocaturum, sed etiam promittit, se alterius iurisdictionem subiturum. Quia itaque ibi agitur de obligando reo, ut coram incompetente compareat, necessaria est pactio non nuda, sed obligationi ac actioni pariendæ efficax. Ast in *d. L. pen*, pactio de non utendo privilegio adversus formam, alias competentis, seu non revocando ad iudicem specialem, quem ex privilegio habet. Nec simul se obligat paciscens ad subiiciendum se ei, cui nulla in ipsum iurisdictio. Sed tantum hoc agit, ut liberet actorem a necessitate conveniendi coram iudice privilegiario. Unde quia exceptione aut replicatione pactio hæc servari potest, valida est; neque enim hic æque actio necessaria alteri, ut priori casu: in hanc sententiam Donellus noster *ad d. L. pen.* & Bocer. *de iurisd.* *C. 7. n.* 38. Nec alieni sunt, sed non ita apte se expediunt, & differentiæ rationem explicant A. Fab. *ad d. L.* 18. Vult. *ad d. L. 1. n.* 149. Goed. *ad L. 13. pr. de V. S. n.* 45. Bronch sibi non constans 1. *Ass.* 24. Sane iure Canonico si talia pacta iuramento firmata, omnimodo servanda ea volunt Guttierez. *de iuram. confirm. P. 1. C. 28. n.* 9. Zang. *de Except. P. 3. C. 3. n.* 32. idque ita receptum Schrad. *de Feud. P. 10. Sect. 3. no* 58. Matth. Steph. *Lib. 1. C. 25. n* 16. *&* *C. 39. n.* 42. Vult. *ad d. L. 4. C. h. t. n.* 150. Paurmeist. amplius *Lib. 1. C. 25. n.* 6 hodie differentia pactorum & stipulationum sublata, ex quavis conventione serio ac deliberato inita prorogari iurisdictionem, ex eaque actionem dari etiam in foro civili. Quæ nituntur falso præsupposito.

6) Diss. Vult *ad d. L. 1. n.* 143. *& seq.* volens quoad iurisdictionis prorogationem idem esse in stipulatione, quia ut *ibid. n* 148, conventionis verbum generale & commune, ut ante aditionem utroque casu pœnitere liceat. Hoc differre quod ex stipulatione actio detur ad id, quod interest, eo loco quo conventum est, quam quo deinde reus agi vult litem institui ac finiri. Zang. *d. C. 1. n.* 30. Bocer. *C. 7 n.* 35. Matth. Steph. *d. C.* 25. *n.* 9. *& seqq.* quia nec alia vis obligationum faciendi.

7) Cuiac. 7. *ad Afric. in L. 18. de iurisdict.* Si post conventionem aditus iudex & lis contestata, quæ ante nuda fuit, desinit esse nuda, & ex facto id est aditione ac litis contestatio sumpsit effectum. Et tunc quæsita iudici adito iurisdictio eludi nequit, ne maiestas prætoris illudi videatur, Baro. *ad d. L.* 18. & Govean. *n.* 4.

apud iudicem se sistere, & cum alio iure reus vocatus est in ius, non facit conventio inutilis, quo minus reus præscriptionem fori quam prius habuit, nunc quoque salvam habeat. At cum ad iudicium ventum est, & ibi reus suis defensionibus usus, & litem contestatus audientiæ iudicis rem subiecit: hic duæ res illum iurisdictioni subiiciunt non obscure: primum obligatio iudicati ibi litis contestatione contracta, sic enim illa contrahitur *L. 3. §. idem scribit. D. de pecu.* & contractus omnis nos ei territorio subiicit, ubi contracta est, ut postea dicetur. *L. heres, §. 1. D. de iud.* Deinde qui in iudicis audientia eligenda fori præscriptionem omittit, hoc facto Ius suum consumit. Amittit enim præscriptionem, quæ ante litis contestationem in principio litis opponi debet. *L. ultim. C. de exc.* lite semel contestata repeti non potest. *L. Pomponius, §. ult. D. de proc.* Quod & ipsum nos admonet, quidquid reus dixerit fecerit ante litis contestationem apud non suum iudicem, non esse eiusmodi, quod eum iudicis iurisdictioni subiiciat, postquam ante id tempus semper ei salva est fori præscriptio. Proinde verum esse quod Ioannes [8] sensit ad *L. 1. D. de iud.* subiicere se quemque iurisdictioni non quovis facto, sed lite apud iudicem contestanda: etsi is non satis idonea probatione ad eam rem usus est ex *L. si cum dotem, §. eo tempore, D. de solu. mat.* Quæ si ita sunt, recte dictum est, eum in iudicem consensisse non videri, qui apud eum iudicem desiderat sibi edi genus actionis. *L. non videtur, D. de iud.* duabus de caussis: primum quia id postulatur ante litem contestatam, quo tempore diximus nihil fieri a reo apud iudicem, quod ei præscriptionem fori adimat. Deinde quia si ulla alia facta esset propter quæ videri possit reus ante litem

contestatam iudicis audientiam eligere, & sequi: certe hæc postulatio eiusmodi esse non potest. Ut enim non est iudex, nisi in lite & re controversa: ita nemo potest dici aliquem iudicem sibi sumere, qui de nulla re apud eum litigat. Atqui nulla re ostendit se litigare velle, qui actionem sibi edi postulat. Nemo enim ideo id postulat, ut neget quod intenditur, & de eo litiget: sed ut cognoscat, [9] qua actione conveniatur; atque hac cognita sciat, utrum cedere, an contendere debeat. *L. 1. D. de eden.* Et fieri potest, ut cognita petitione adversarii cedat, non litiget, eoque nullum iudicem in se admittat.

VII. Secunda conditio est, si qui subiecerunt se iurisdictioni ad eum modum, quem diximus, etiam in iudicem consentiant. Conditio recte adiecta. Neque enim quisquam qui ad iurisdictionem alicuius iure non pertinet, postquam invitus non subiicitur eius iurisdictioni, aliter ei subiici potest, quam si consentiat. *L. 1. C. de iurisd. omn. iud.* Neque vero si quis convenit, ut certus iudex adiretur, aut si re ipsa ultro eius audientiam secutus est, continuo in eum iudicem consentit. Plane superioribus factis probatis satis videbitur consensisse reus, nisi [10] probet se dissensisse: ne forte præter superiora facta alterius rei probationem ab actore exigamus ad consensum illum arguendum; alioqui facile semper dicet reus se non fuisse hoc animo, ut illum iudicem sibi sumeret: neque illius animi ulla unquam per rerum naturam probatio erit, si ab iis quæ facta sunt, ex quibus animus cuiusque intelligitur, discesseris. Sed si reus se in superioribus factis non consensisse contendat, & probare sit paratus, audiendus est. Potest enim re vera non consensisse, dum aliquid incidit in illis factis, quod consensum eius impediat; quod si

 pro-

8.) Ita Azo *in d. L. 1. v. consentientibus.* Accurs. *in d. L. 16. de iurisdict.* & Zas. *n. 3.* ref. Vult. *ad d. L. 10 n. 151.* ubi *n. 154.* communem hanc vocat, quæ in iudiciis & consulendo sequenda, & probat Duar. *de Iudic. Cap. de Foro comp. f. 167.* Zang. *de Except. P. 2. C. 1. n. 31. & n. 84.* Matth. Steph. *Lib. 1. de Iurisdict. C. 25. n. 17.* Bocer. C. 7. *n. 36.* Facit *L. 22. §. 5. Sol. matr.* Et si vero Vult. *ibid. n. 154.* adversam opinionem in theoria veriorem autumet, cum *L. 18. de iurisdict.* solius aditionis fiat mentio, ex qua litis contestatio inferri nequit, quæ longo sæpe intervallo sequitur, Baro. *ad d. L. 18.* Unde Menoch. *2. Præsumpt. 19. n. 6. & seqq.* tres coniecturas prorogatæ iurisdictionis refert. (1) Si exc. declinatoria non obiecta ante litem contestatam. (2) Si reus sponte satisdedit iudicio sisti. (3) Si reus obiicit non esse procedendum sine libello, eique actor contradicit. Et Obrecht *Disp. 7. Th. 171. & seqq.* quemlibet actum in iudicio factum sufficere. Quia etsi libellus offeratur, satisdatio præstetur, res desit esse integra & conventio ex re sumpsit effectum: add. Paurmeist. *Lib. 1. Cap. 25. n. 16. & seqq. & c. ult. n. 24.* Ita tamen conciliandæ ut prior vera sit in tacita prorogatione citra conventionem *L. 1. de iudic.* posterior vero in expressa, quando conventio præcessit *L. 18. de iurisdict.* ubi sufficit sequuta aditio, quæ per libelli oblationem aut satisdationem. Bocer. *de Iurisdict. C. 7. n. 39.* De qua etiam sentit Vult. dum *n. 154.* ita arguit: Si citatus ab incompetente, exceptione incompetentiæ omissa, tacite consensisse censetur, & ex omnium sententia regressum ad exceptionem non habet: multo magis si expresse convenerit de adeundo eo, qui certo incompetens, si aditio accesserit; ne expressum minus tacito operetur.

9) Duar. *de Iudic. Cap. de Foro comp. fol. 167.* adde & an iudex de eo quod petitur seu in ea caussa iurisdictionem habeat, Vult. *ad L. 1. C. h. t. n. 157.* Nam si dubium, an iudex competens, citatus comparere cogitur & exceptionem declinatoriam fori obiicere. Hic ex aditione nec consensus intelligitur, ne dum prorogatio, *ibid. n. 154.*

10) Ad quod cautio est, ut protestatione utatur comparens de non proroganda iurisdictione, nisi quatenus & in quantum iure teneatur, Matth. Steph. *Lib. 1. de Iurisdict. C. 25. n. 53.*

probatur, simul probatur ipsum non consensisse; sitque eadem opera, ut non subiiciatur iurisdictioni iudicantis, eoque nec iudicati auctoritatem habeat, quidquid iudex in non consentientem statuerit.

VIII. Duo sunt autem, quæ hic consensum litigantis impediant: error eius in persona iudicis electi, & vis magistratus ad eum cogendum adhibita. Error est, si alium pro alio admittit, dum putat eius iurisdictionem esse, cuius non erat: veluti, si de fideicommisso conventus apud prætorem non fideicommissarium, ideo huic se subiecerit, quia fideicommissarium putabat, si procuratoris Cæsaris audientiam sit secutus in caussa privata, dum hunc ordinarium putavit. Hic [11] error non dederit iurisdictionem. Quippe, aiunt veteres, error non habet consensum, & non consentiunt, qui errant; sententiæ ab illis in hac specie usurpatæ de errore, *L. 2. D. de iud. L. si convenerit, D. de iud. L. si per errorem, D. de iurisd.* Vis magistratus est ad litigatorem cogendum, cum litigator alioqui ad suum forum revocans viribus magistratus compulsus est, ut se apud eum defenderet, & litem contestaretur. Qui ita coactus est, in hunc nulla est magistratus iurisdictio: quia [12] coactus non consensit in iudicem, ut est in *d. L. 2.* in pr. *D. de iud.* Et vero nihil tam consensui contrarium est, quam vis, quæ necessitatem adfert contrariam voluntati. *L. nihil consensui, D. de reg. iur. L. 1. D. quod met. caus.* Notandum hoc loco non aliorum consensum hic exigi, quam litigatorum: ipsius prætoris consensum non esse necessarium? ut si privati exteri consentiant, prætor aut putet suæ iurisdictioni subiectos, aut sciens exteros ignoret eos consentire, nihilominus [13] eius sit iurisdictio: sicque interpretatur Ulpianus illa verba legis Iuliæ iudiciorum, *quominus inter privatos conveniat. L. 2. §. 1. D. de iud.* Quod & merito placuit. Nam prætor ipse per se iurisdictionem habet, non ex privatorum consensu accipit. Soli sunt litigatores, quorum ex voluntate pendet, defugiantne prætores iurisdictionem, an volentes in se admittant. Ideo & in eo solum eorum voluntas quæritur. Adde, quod non minus prætorem reus iudicem in se admisit, etsi qualis esset persona rei, prætor ignoravit. Porro quem iudicem communi cum actore consensu admisit, eum invito postea actore repudiare non potest. Res enim inter ipsum & actorem geritur, non cum prætore.

IX. Tertia conditio est, si is iudex, cui se litigatores subiiciunt, tribunali præsit, vel aliam iurisdictionem habeat, ut verba sunt definitionis Ulpiani in *d. L. 1. D. de iud.* Dixi iam supra, tribunal hic positum esse μετωνυμικῶς, sedem iurisdictionis pro iurisdictione, quæ in ea sede exercetur,

11) Quicunque sive in persona, sive in caussa, sive in qualitate iurisdictionis, Io. Monach. *ad L.* 18 *de iurisdict. n.* 2. sive uterque erret, sive alteruter, quia omnes debent consentire, Vult. *ad L.* 1. C. *de iurisdict. n.* 179. (quod & ipsum verbum consensus convincit, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 10. *N.* 5.) Ergo & si plures litis consortes ac quidam errent, idem est nisi errore comperto in caussa processerint, post Zas. *ad d. L.* 15. *n.* 26. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 108. Nec tantum facti error, ut si prætor, qui de repetundis quærit, pro urbano adeatur, sed & iuris, ut si eius prætoris iurisdictionem in caussa civili quoque esse putent. Govean. *ad d. L.* 15. *n.* 2. Decian. *Tr. crim. Lib.* 4. *C.* 23. *n.* 13. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 177. Matth. Steph. 1. *de iurisdict.* 25. *n.* 23. quia uterque voluntatem excludit *L.* 20. *de aq. pl. arc.* Et utriusque erroris exempla, in *d. L.* 2. *pr. de iudic.* & per voculam *aut* (pro qua nulla necessitate *ac* reponit Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 5. ` secernuntur, cum priora verba sint de iuris, posteriora de facti errore. Diss. Duar. *ad d. L.* 15. (1) per regulam generalem: Iuris error nocet, resp. Sed non in damno admittendæ rei suæ, uti hic præscriptionis fori, vid. *supra Lib.* 1. *C.* 21. *N.* 2. (2) quia error simpliciter significat facti imperitiam. (3) per *L.* 2. *de confess.* resp. facilis dissolutio Paurmeist. *Lib.* 1. *de iurisdict. C.* 25. *n.* 7. Irnerius quoque inter hos errores distinxit, si lis contestata sit. Quæ distinctio communiter reprobata Bart. *ad d. L.* 15. *n.* 3. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 178. Errorem autem hic, contra quam alias, præsumi pluribus, Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 1. *n.* 14. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 176. Facit *L. verius* 21. *de prob.* Quod declarant Decian. 4. *Tr. crim.* 23. *n.* 13. & Menoch. 2. *Præs.* 19. *n.* 12. si idiotæ sint, non si periti iuris, Paurmeist. vero *d. C* 25. *n.* 8. id admittit in Republica ampla, ubi varia magistratuum & iurisdictionum diversitas.

12) Ut mirandum sit quosdam contra sensisse, eo quod coacta voluntas sit etiam voluntas, ait Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisd. n.* 81. nam certe consensus non est. Idem esse volunt in dubitatione arg. *L. ult. C. de cond. ind.* Vult. *ibid. n.* 182. Matth. Steph. 1. *de iurisdict.* 25. *n.* 31.

13) Hoc post Cynum accipit Vult. *ad d L.* 2. *n.* 163. modo aditus non dissentiat, aut contradicat Invitus, ait, iurisdictionem prorogari non cogitur, sed taciturnitas habetur pro consensu. Et consent. Boc. *de iurisd. C.* 7. *n.* 37. Matth. Steph. *Lib.* 1. C. 25. *n.* 35. *& seqq.* De quo haud abs re quis ambiget, per *d. L.* 2. §. 1. ubi vocula *sufficit* bis posita. Deinde idem traditur si iudex aditus *ignoret* consensum aut putet falso se esse competentem. Qui error certe pro consensu haberi nequit. Cæterum nec consensus iudicis proprii competentis iure Romano necessarius, nec is prorogationem inhibere potest, ut post Pacnorm. *in C. P. & G.* 40. *de offic. deleg.* Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 66. Matth. Steph. *d. C.* 25. *n.* 46 Anton. Capyc. *Decis. Neapol.* 9. Quia nihil ordinario decedit. Neque enim dant iurisdictionem iudici adito litigantes, sed in se exercendam tantum admittunt, & sic ius suum remittunt. Nostris vero moribus, ex quo iurisdictiones patrimoniales effectæ, ius prorogationis restrictum. Duar. *de iudic, Cap. de Foro comp. f.* 166. Et ordinarii subditis suis inhibere ne coram alio compareant, caussasque ad se avocare solent, quod maxime in vasallis obtinet, vid. M. Steph. *d. C.* 25. *n.* 50. Paurm. 1. *de iurisd.* 25. *n.* 42. *& seq.* Boc. C. 7. *n.* 49. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 168. Et si non tam privatorum favorem concernat privilegium, quam ipsius superioris, prorogatio absque eius consensu non subsistit, Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 127. *& seq.* neque tunc patientia pro consensu, quia quoties de iure nostro imminuendo agitur; silentium dissensum arguit. Hinc privilegio exemptionis statui imperii vel civitati dato, ne quis subiectum vel civem ad aliud tribunal vocet, prorogatio illicita, Gail. 1. *Obs.* 40. *n.* 3. Bocer. *d. lo. n.* 50. Hinc quoque si studiosus iurisdictionem alterius prorogare velit, Rectorem caussam ad se avocare posse statuit Vult. *d. lo.* quia privilegium non conveniendi alibi non favore singulorum, sed universitatis academiæ concessum. Sed vid. *infra C.* 20. *N.* 9.

tur, ut tribunali præesse nihil aliud sit, quam præesse iurisdictioni, seu iuri dicundo. Is autem dicitur præesse, qui primum in ea iurisdictione locum obtinet, idest, qui eam habet suo iure, non autem ab alio accipit, neque in ea pendet ab alio. Sic fit, ut præesse tribunali & iurisdictioni dicatur omnis, qui iurisdictionem suo iure habet, non alieno beneficio, ut verba sunt. *L. more, D. de iurisd.* Quare cum subiicitur in eadem definitione, vel qui aliam iurisdictionem habet; si quidem hoc genus iudicum recte distinguitur a priore, atque adeo priori opponitur, dum nominatur alia iurisdictio, his verbis alium iudicem intelligere non possumus, quam eum qui habet iurisdictionem alieno beneficio, idest, mandatam. Hæc enim sola sunt genera iurisdictionis, in quibus recte dicatur alia atque alia iurisdictio, ut quædam sit propria, quædam mandata: seu ut quædam habeatur proprio iure, quædam alieno beneficio. *d. L. more, D. de iurisd. L. 1. §. 1. L. pen. D. de offic. eius.* Itaque hoc dicit Ulpianus, ita demum in consentientes ex consensu fore iurisdictionem iudicis, si is sit iudex, qui aliquam iurisdictionem habeat, sive propriam, sive mandatam. Quibus verbis duo continentur: Unum huiusmodi, si quis nullam omnino iurisdictionem habeat neque propriam, neque mandatam, frustra ullos litigatores se [14] ei subiicere, & in eum consentire, ut ius dicat. Non enim eo magis in eos futuram iurisdictionem aut notionem eius, in quem consenserint. Habent enim superiora verba conditionem; qua non impleta, definitioni locus non est. *L. 1. illic, huius rei, D. de offic. eius.* Et recte, semper enim redeundum est ad illam definitionem *L. 3. C. de iurisdict. omn. iud.* quam iam ab initio posuimus, Privatorum consensum non efficere iudicem, eum, qui nulli præest iudicio; nec quod is statuit, rei iudicatæ continere auctoritatem. Alterum etiam exprimitur superioribus verbis; si quis iudex iurisdictionem habeat, quocunque modo habeat, dummodo iurisdictionem, talem esse, ut si qui eius iurisdictioni se subiiciant, & consentiant, in consentientes sit eius iudicis iurisdictio.

X. Nihil hic distinguitur, neque ulla hic excipitur species iurisdictionis, quinimmo addita hic universali particula, *cuiusvis iudicis*, satis declaratur omnes, qui aliquam iurisdictionem vel minimam habeant, superiore definitione comprehendi. Unde intelligemus, quod in similibus orationibus legum a veteribus passim observatum est, ut omnes species ad genus pertinentes oratione generali contineantur; ut in *L. metum, 9. §. 1. D. quod metus cau. L. item veniunt, §. petitum,* in fin. *D. de her. pet. L. de pretio, D. de Publ. L. 7. §. 1. D. de inst.* idem hic in oratione propemodum in totum universali esse probandum, ut quemadmodum in iudice nihil interest, quid sit; sic nec in iurisdictione, neque qualem hanc, neque quantam habeat, ut sit eius in consentientes iurisdictio: dummodo iurisdictio ea sit eius, quæ caussæ propositæ exsequendæ sufficiat. Dixi consulto nihil interesse, qualem hic iurisdictionem iudex, aut quantam habeat: quia horum de utroque nonnullæ sunt dissimiles. Ideo visum est utrumque ponere, ut a me eodem ordine utrumque explicaretur.

XI. Primum ergo hoc tenendum est, nihil hic referre, qualem iurisdictionem iudex habeat, propriamne & suo iure, an [15] mandatam & alieno beneficio. Iam ante ostendi eam significationem esse verborum

14) Quia quod non est, prorogari & extendi nequit *L. 5. de precar.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 3. Bocer. *de iurisd. Q.* 7. *n.* 4. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 23. *n.* 3. *& seq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 27. A privatis enim fit, sed non in privatum. Quare pactum irritum, quo cavetur debitorem ex mora capi posse ac privato carceri includi. Nec notio arbitraria per compromissum data prorogata iurisdictio dici potest, Paurmeist. *ibidem n.* 29. Requiritur vero iurisdictio eo tempore, quo consentiunt. Nec si postquam consentum est, obveniat, prorogatio tenet, *ibid. n.* 32. *pag.* 328. Ordinaria vero iurisdictio regulariter prorogabilis, ut fuse Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 3. *n.* 96. addens, etsi non habeat territorium, ut Rector academiæ & similes, Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisd. n.* 78.

15) Consentit Accurs. *in L.* 1. *C. de iurisd. in v. iudicibus.* Monach. *ad L.* 18. *de iurisdict. C.* 1. *n.* 6. Bocer. *C.* 7. *n.* 20. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 23. *n.* 27. Contra vulgo sentiunt, quorum opinio iure Canonico probatur *C. P. & C.* 40. *de off. deleg. & simil.* Maranta *P.* 4. *Dist. indic.* 5. *n.* 34. P. Greg. 49. *Synt.* 23. *n.* 20. Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisdict n.* 81. & Scip. Gentil *Lib.* 2. *de iurisdict.* 13. quia fines mandati custodiendi & delegationes stricti iuris. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 16. quia ordinaria est universalis, ac universitas facile recipit augmentum: Delegata vero particularis, & Matth. Steph. *C. de iurisd.* 21. *n.* 22. Sed hæc de prorogatione ad alias personas quidam accipiunt, Quam solam delegari negat Vasq. *d. C.* 14. *n.* 15. *& seq. & n.* 22. *ac n.* 29. Prorogari enim concedit de loco ad locum *Cap. statutum* 11. *§. in minoribus* 3. *de rescript. in* 6. (Sed hæc nulla vera prorogatio) item de tempore ad tempus, per *L.* 2. *§.* 2. *de iudic. C. de caussis* 4. *de off. deleg.* Quem specialem quoque casum excipit Vult. *d. n.* 81. *& seq.* ut tamen restringat ex verbis *d. §.* 2. ad delegatum principis, qui quodammodo quasi ordinarius, & tamen extra illum casum iurisdictionem ipsius prorogari non posse sentit. Verum prorogatio illa temporis, de qua *d. §.* 2. *d. C.* 4. omnino alia est. Nec de mandatario iurisdictionis, sed de iudice dato loquitur *d. §.* 2. Paurmeist. *d. C.* 25. *n.* 41. Bocer. *d. C.* 7. *n.* 21. *& n.* 47. licet ipse, sibi non constans, communi errore labatur *C. praecd.* 6. *n.* 62. Qui nec ibi prorogatio est cognitionis vel notionis, quam habet iudex datus. Neque enim, cum ex præscripta formula agat, ullam aliam caussam, extra eam in quam addictus erat, sive ab iisdem sive aliis apud eum tractari vetus iudiciorum ordo & situs patiebatur. Et prorogari dicitur notio, cum quis initio litis se sponte subiicit, non cum apud eundem iudicem, coram quo lis institui cœpta est, perseverat. Quin idem Vasq.

borum Ulpiani. Addam hoc amplius, ita eam sententiam verbis convenire, ut alia convenire non possit. Necesse est enim aut has species iurisdictionis in superioribus verbis accipi, aut prioribus intelligi eos iudices qui maiorem iurisdictionem habeant, posterioribus eos qui habent minorem. Atqui verba posteriorem hanc interpretationem non recipiunt. Minor enim iurisdictio non est alia iurisdictio; qualem tamen Ulpianus nominat, si quidem magis & minus non constituunt diversas species. Relinquitur igitur omnino, ut istis verbis accipiantur species illæ [16] iurisdictionis priores, quas dixi, vere diversæ, atque adeo in iure habendi contrariæ, propria & mandata. Hoc & Accursius in interpretatione eorum verborum primum posuit ad *L. 1. de iud.* Sed incertus quid statueret, mutat postea: quam & mutationem Bartolus, & alii plerique probarunt. Non recte. Ut enim superior Ulpiani definitio nos deficeret: tamen iure eius cognito, qui mandatam iurisdictionem suscepit, non aliud statui potest, quam huius quoque in consentientes esse iurisdictionem, quod ita demonstratur: Quidquid iuris in iurisdictione habet is, qui propriam iurisdictionem habet, id totum mandata iurisdictione transit in eum, cui mandata est: omninoque is mandantis iure utitur. *L. 1. §. 1. L. penult. D. de offic. eius.* Atqui is qui propriam iurisdictionem habet, inter cætera habet hoc iuris, ut si qui in eum consentiant, sit eius in consentientes iurisdictio. *L. 1. de iud.* Quare & mandata iurisdictione transibit ius idem in eum qui mandatam suscepit, ut si qui in eum consentiunt, sit huius quoque iurisdictio in consentientes.

XII. Obiiciunt, privatorum consensum non posse iurisdictionem ei dare, qui ex se non habet, quod & verum est. *L. 3. D. de iurisd. omn. iud.* Assumunt autem eum cui mandata est iurisdictio, iurisdictionem non habere. Hoc vero perspicue falsum est. Non habet propriam: at habet mandatam, in qua & vice mandantis fungitur, eiusque iure ut dixi, utitur. *L. solet, D. de iurisd. d. L. 1. §. 1. D. de offic. eius.* Immo, inquiunt, non habet omnino iurisdictionem; quia dicitur simpliciter nihil proprium habere in *d. L. 1. §. 1. de offic. eius.* Sed non si propriam non habet, ideo nullam habet omnino. Habet enim, ut modo dixi, mandatam: neque otiose, ne quis hic nos de verbo loqui, non de re existimet: sed eodem iure quo is qui mandavit, quamdiu mandatum perseverat. Ut quid, si mandata sit iurisdictio dumtaxat in certas personas? ut posse mandari constat, *L. prætor, D. de iurisd.* Non dubito, quin si aliæ personæ in eum consentiant, sit [17] eius quoque in consentientes iurisdictio. Nam & id iuris foret in persona eius, qui iurisdictionem propriam haberet in certas tantum personas. *L. . C. de iurisd.* In iure autem iurisdictionis exercen-

Vasq. *d. loc. n. 17.* iurisdictionem ordinariam non prorogari de tempore ad tempus, si magistratui tempus præfinitum, quia eo elapso iurisdictio exstincta. Ac etsi fiat intra tempus consensio, confertur tamen in tempus prohibitum inutiliter, Foller *in Addit. ad Maran. P. 4. Dist. Iudic. 12. n. 6.* Sane ex ratione Donelli nostri (3) hic efficitur affirmantem opinionem procedere in mandata iurisdictione generali, seu universali ea, quam habuit mandans, qua totum illius officium transit. Quod si ad caussam unam specialiter mandata sit, omnino putarem prorogationi locum non esse, quia extra mandatum delegatus nihil habet. Si vero non quidem universum officium magistratus mandantis delegatum sit, sed caussarum certarum universitas, ex. g. hereditariarum, rationis esse reor, ut consentire in mandatarium possint quidem personæ mandanti non subiectæ, sed non de alia lite, quam hereditaria. Sin aliquod caussarum genus, ex. gr. hereditariarum, sed inter certas personas ex. gr. certæ tribus vel regionis aut vicorum in urbe cives, iudicandum commissum, iurisdictio caussarum pariter ac personarum finibus circumscripta eos prætergredi non poterit. Quo pacto & superiori rationi, quod delegatio stricti iuris, satisfiet, & hic modus forsan non inconcinnus ius Canonicum cum civili conciliandi, pugnantesque Interpretum sententias ercifcundo dirimendi. Sic enim verum erit ad alias personas iurisdictionem non prorogari, ut sunt verba *d. Cap. 40. de off. deleg.* quando scilicet in mandato certarum personarum facta mentio, quod convincit vocula *alias* implicativa. Neque tunc aliud erit in delegato principis vel Papæ, nam de hoc ipso diserte loquitur *d. C. P. & G. 40.* Unde miror quod Bocer. *d. C. 7. n. 18* tradit ex concordi DD. opinione huius iurisdictionem prorogari, per *L. 5 C. de iudic.* Cuius rei fides sit penes ipsum. Suspicor autem viro doctissimo humanitus quid contigisse, cum a nullo id proditum repererim & textus *d. C. 40.* manifeste obloquatur. Bart. certe ad *L. 1. de iudic. n. 10. & seq.* in hoc quoque non aliam prorogationem admittit, quam de tempore ad tempus vel re ad rem. Denique discrimen inter iudicis dationem, seu ut DD. vocant, subdelegationem, de qua *d. L. 5.* qua caussa eadem inter eosdem committitur alii cognoscenda; & prorogationem, quæ fit apud eundem vel inter personas vel in caussis alienæ iurisdictionis, nimis evidens. Immo Vult. *ad d. L. 1. n 85. & seq* Commissariorum ab Imperatore vigore ordinationis Cameræ imperatorum, iurisdictio cum delegata sit, Mynf. 2. *Obs.* 52 Gail. 1. *Obs.* 33. *n. 3.* non prorogari extra casum temporis (*ut supra* quæ tamen prorogatio, ut monui, alia est) itaque usu servari docet.

16) Ut Duar. *de iudic. Cap. de Foro comp. f. 165.* Aliter Govean. *ad L. 10. de iurisd. P. 10.* intelligens notionem & iudicandi potestatem inter certas personas, veluti Procuratoris Cæsaris. Atqui & illa vera iurisdictio est, licet caussis limitata. Aliter Bart. *in d. L. 1. n. 8.* qui non habent certum locum ubi ius reddunt, ut Doctores, item qui collegiis præsunt.

17) Quod tamen declaratum per ea, quæ *supra N. 15. cir. med.* si & mandantis iurisdictio ita restricta; ea vero tota mandata. Tunc enim verum est mandatarium vice mandantis in omnibus fungi ex mandato universali. Ergo cui tota iurisdictio Procuratoris Cæsaris delegata est, poterit & inter consentientes caussam non fiscalem iudicare. Ast cui idem caussam unam fiscalem inter Titium & fiscum commisit, non poterit caussam aliam fiscalem, nedum litem plane privatam inter Caium & Seium cognoscere, quin mandati limites transgrediatur. Quo faciunt *not. supra N. 26.*

cendæ inter eum qui propriam habet, & eum qui mandatam, nihil interesse paulo ante ostendimus. Occurrit Bartolus, & ita disputat. Limitata caussa limitatum parit effectum: quod quanquam ex natura veræ caussæ satis intelligitur, probat tamen ex *L. in agris, D. de acquir. rer. dom.* Atqui mandata iurisdictione in certas personas, limitata & definita est iurisdictio personis. Quare & his ipsis personis circumscriptum ius eius iurisdictionis, ut extra eas personas non sit ne in consentientes quidem eius iudicis iurisdictio. Sed nihil hic dicitur in eum, cui mandata est iurisdictio, quod non item dici possit adversus eum qui iurisdictionem in certas personas habet suo iure. Quem tamen constat etiam in alias personas ex consensu litigatorum iurisdictionem habere. *L. 1. C. de iurisdict.* ut non debeamus superiore argumento moveri, quominus idem & in eo cui mandata est iurisdictio, probemus. Quid ergo respondemus de utroque? nempe eius cui iurisdictio in certas personas data est sive propria sive mandata [18] limitatam & circumscriptam esse iurisdictionem personis adversus invitos: adversus volentes minime, sed & adversus alias personas iurisdictionem esse, si consentiant. Id quod si in iis iudicibus admittimus, qui propriam iurisdictionem habent, ex *d. L. 1. D. de iud.* necesse est, ut in iis qui mandatam habent, eadem interpretationis lege admittamus.

XIII. Ut illud non interest, qualem iurisdictionem iudex habeat, sic nec illud, quantam. Etiam qui circumscriptam certis finibus iurisdictionem habet, si qui extra eos fines se ei subiiciant, & consentiant, nihilominus & [19] eius in consentientes iurisdictio erit, fietque id, quod vulgo non omnino male dicitur, ut qui alioqui ad iurisdictionem iudicis non pertinent, nihilominus possunt se ei subiiciendo eius iurisdictionem ex consensu porrigere: idest, ampliare, & efficere, ut sit in ipsos iurisdictio, quæ sine eorum consensu futura non esset. Id ex partibus huius circumscriptionis quale sit, & quam verum, poterit liquere. Definitur cuiusque iudicis iurisdictio certis locis & territorio. Demus aliquem exterum nulla de caussa ad iurisdictionem iudicis eius loci pertinentem vocatum in ius ultro adesse, & se ei scientem subiicere. Nemo dubitat ex superiore definitione quin eius iudicis sit iurisdictio in consentientem: quia iudex in caussa proposita habeat iurisdictionem, quam in territorio suo recte exerceat. Sed hoc, inquam, dum in territorio suo ius dicat. Nam si extra territorium ius dicere volet, nulla eius iurisdictio futura est, ne in consentientes quidem, & ultro eum secutos, ut superiore capite diximus. Quod & superiore definitione Ulpiani efficitur, quæ in iudice iurisdictionem exigit. Quivis autem magistratus & iudex extra territorium suum privatus est: quocirca nec ibi ullam iurisdictionem habere intelligitur. *L. 3. D. de off. præs.* Est etiam, cum definiatur iurisdictio certis personis, ut initio diximus: ut puta militares iudices ita constituuntur, ut ius dicant tantum inter militares. Procurator Cæsaris ita olim constitutus, ut ius tantum diceret inter fiscum & privatos. Sive pagani subiicient se militari iudici, sive privati procuratori Cæsaris, & consentient, etsi neuter per se competens iudex erat: dicemus tamen utriusque horum in consentientes esse iurisdictionem. Idque ita generaliter definitur in *L. 1. C. de iurisd. omn. iud.* Neque vero hic ulli iudices, ullive litigatores excepti sunt ulla parte iuris Romani. Ecclesiasticis quidem personis proprii iudices ecclesiastici dati sunt ex privilegio, constitutionibus posteriorum imperatorum, ut *L. placet, C. de episc. & cler.* Nov. *de sanct. epis. §. œconomos.* Auth. *statuimus, C. de epis. aud.* Sed ita, ut ad alios vocari non possint inviti. Quod si patiantur se vocari, & se subiiciant, quominus recte id faciant, nihil est impedimento. Nam & milites proprium iudicem habent eodem genere privilegii: cui tamen privilegio renuntiare ipsis liberum est, ut cum id fecerint, amplius eo uti non possint. *L. pen. C. de pact.* Postea pontificii iuris auctores ecclesiasticos iurisdictione magistratus politici omnino exemerunt ita, ut ne his quidem concederent volentes se iudici politico subiicere, *c. significasti. c. si diligenti. ext. de for. comp.* Quam recte illi viderint. Est certe

te

18) Bocer. *de iurisd.* C. 7. *n.* 20. Resp. nihil huc pertinere regulam, cum iurisdictio non sit caussa prorogationis, sed tantum subiectum circa quod versatur.

19) Convenire videtur quod DD. prorogationem fieri de persona ad personam, de caussa ad caussam, de re ad rem, de quantitate ad quantitatem, de casu ad casum, de tempore ad tempus, de loco ad locum, vid. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. Maranta *P. 4. Dist. iudic.* 12. *n.* 3. Monach. *in C. 1. de iudic. n.* 8. *& in C.* 18. *de foro comp. n.* 12. *& seq.* Bocer *C.* 7. *n.* 41. Paurmeist. *Lib* 2. *C.* 25. *n.* 23. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 21. *n.* 18 *& seq.* Sed expeditius noster. Et prorogationem ratione loci illi plane aliter accipiunt quam ut hic Donellus, vid. *C. praced. N.* 8. Sed & de tempore ad tempus non admittitur, & quam illi sic vocant plane alia est, ut *supra N.* 15.

te (*) *adversus verbum Dei manifeste constitutum*. Sic enim Paulus præcipit ad *Rom. C.* 13. *omnis anima potestatibus supereminentibus subiecta esto, magistratus enim Dei ordinatio est: & qui magistratui resistit, Dei ordinationi resistit*. Huic ordinationi si quos parere convenit, eos convenit maxime præter cæteros, qui aliquo munere in Ecclesia funguntur: qui & doctrina & moribus prælucere debent cæteris ad parendum Deo & Evangelio, iuxta illud Christi *Matt.* 20. & *Luc.* 22. *Principes gentium dominantur eis, & magnates potestatem exercent in eos. Verum non ita erit inter vos: sed quicunque voluerit inter vos magnus fieri, esto vester minister; & quicunque voluerit inter vos primus esse, sit vester servus*. Eodem pertinet & illud Christi *Matth.* 22. *reddite quæ sunt Cæsaris Cæsari: & quæ sunt Dei Deo*.

XIV. Definitur & iurisdictio interdum certis caussis. Hic etiam extra has caussas definitioni locus erit, ut si iudex certis caussis præpositus adeatur, in alia caussa a litigatoribus consentientibus, etiam in ea caussa iudicis iurisdictio sit in consentientes. Exemplo est idem procurator Cæsaris; qui ut constitutus est iudex inter certas personas, puta inter fiscum & privatos, ita etiam constitutus est in certis caussis, nempe fiscalibus. Iam autem diximus, si procurator Cæsaris a privatis in privata caussa aditus fuerit, in consentientes fore procuratoris iurisdictionem, *d. L.* 1. *C. de iurisdict. omn. iudic.*

XV. Solum hæc pars ita temperanda est, dummodo ea sit iurisdictio iudicis, quæ caussæ novæ exsequendæ sufficiat. Quæ si non sufficit, non est in potestate litigatorum iudici novam iurisdictionem dare quam prius nulla in caussa habuit. Id accidit in iis iudicibus, quibus civilium & pecuniariarum caussarum iurisdictio data est, si qua caussa criminalis ad eos defertur. Quanvis in hac caussa ultro audientiam eius elegerint accusator & reus, eique se subiecerint: non eo magis erit huius accusationis competens iudex, & ut nunc loquimur, non eo magis eius iurisdictio erit in consentientes. Negant esse Imperatores in *L.* 1. *C. ubi can. fisc.* ubi procuratorem fisci, qui civilibus & pecuniariis caussis cognoscendis præpositus est, prohibent cognoscere de crimine. Et ut intelligeretur id constitui etiam de eo, qui ius dicere vellet in consentientes; additur ratio, quæ hanc quoque iurisdictionem illi adimit, quia inquiunt, constare debeat *de crimine apud eum, cui convictis pœnam irrogare licet*. At hanc non potest irrogare civilis iudex; propterea quod animadversio in facinorosos solum est eorum, quibus lege specialiter tributa est: civilibus autem magistratibus nec specialiter nec generaliter tribui constat. *L.* 1. *D. de offic. eius*. Non adversatur Ulpiani definitio: qua cum dicitur iudicis qui iurisdictionem habet, in consentientes iurisdictionem esse: non dicitur iudicis novam iurisdictionem futuram, sed eam ipsam quam prius habuit, futuram inter consentientes, ut hanc inter eos exerceat. Quo exemplo recte dicemus in caussa ecclesiastica, & ad fidei doctrinam pertinente non fore idoneum iudicem magistratum politicum ne in consentientes quidem: quia

(*) Non abludit a more nec ingenio Calvini Donellus, dum tam facile atque asseveranter affirmat hoc loco pontificias leges Iuri divino contrarias. Urget Apostoli locum *ad Rom.* 13. *v.* 1. qui de omni potestate civili atque Ecclesiastica, de omni anima etiam regia atque imperatoria, distributione habita, commodissime accipitur. Sed ago liberaliter. De civili potestate dumtaxat, & de anima quavis etiam Ecclesiastico muneri addicta locus ille exaudiatur. Quid tum? Nego Apostolum velle animam Ecclesiæ addictam terrenæ ita subditam potestati, quomodo placet Donello. Alienum hoc a mente Apostoli atque usu Apostolicorum temporum: Cuius rei luculentissimum argumentum esto *Cap.* 6. 1 *ad Cor.* Vide quæ egregie atque eruditissime disputat Joannes le Gendre in eo tractatu quem inscripsit. *Tribunale Episcoporum &c.* qui extat in *Nov. Thesaur. Iur. Civ. & Can. Tom.* 3. *pag.* 339. *Edit. Hagæ Comitum an.* 1752. Sed quandoquidem mihi cum Donello res est, non abs re illum provoco ad leges Imperatorum: quarum usu & peritia melius, quam verbi Dei lectione profecit. Ab his, seo potius a Constantino M. item a Valentiniano (ut plures alios dignitate pares ac religione modo taceam) quære clericorum immunitas non sit Dei verbo contraria, sed potius iuri naturali ac divino maxime consentanea, se non dicam edoceri, virum in iure doctissimum: sed, nisi obfirmato nimis est animo, imperatoria auctoritate moveri, atque æquissima Imperatorum ratione ab iniuria ad æquitatem traduci patiatur. Quid vero illi summa rerum potestate ac religione conspicui? *Clerici ab omnibus omnino muneribus excusentur .... Ne sacrilego livore quorundam a* DIVINIS OBSEQUIIS AVOCENTUR. Ita Constantinus *in Cod. Theod. de Ep. Eccl. & Cler. L.* 2. Rursus: *Clericos ... Episcopali Audientiæ reservamus*. FAS ENIM NON EST UT DIVINI MUNERIS MINISTRI TEMPORALIUM POTESTATUM SUBDANTUR ARBITRIO. Ita Valentinianus *L.* 47. *eod.* Liceat itaque pace Donelli & quotquot aliorum qui cum eo sentiunt libere dicere quod res est. Iure suo, & verbo Dei consentanee summus Ecclesiæ Hierarcha Romanus Pontifex clericos a sæculari Principum & magistratuum exemit iurisdictione. Vid. Emin. Bellarmin. *de Cleric. Cap.* 28. Dom. Soto in *IV. Sent. Dist.* 25. *Art.* 2. *Concl.* 5. & 6. Didac. Covarr. *Pract. Q.Q. Cap.* 31. *Concl.* 1. *a.* 3. Emman. Gonzal. in *Cap. Clerici* 8 *de iudic.* Matthæi & Lucæ locos; illius *Cap.* 20. huius *Cap.* 22. non moror. vide *supra* adnotata cum * *Lib.* 2. *Cap.* 4. *Col.* 205. Alteri Matthæi loco *Cap.* 22. puto factum satis ex iam dictis; cui plenissime quoad rem nostram satisfacit Hieronymus in *Cap.* 3. *ad Tit. v.* 1. quem consule. Et si cui hæc non sufficiant, quæ potius indicis notæ more breviter attexuimus: consulat præter laudatos Cl. Ioan. Anton. Bianchi in eo quod Italice scripsit docto atque erudito opere: DELL'ESTERIOR POLITIA DELLA CHIESA CONTRO GL' ERRORI, ec. præsertim vero quoad ea quæ hic opponit Donellus, & post eum refricat Petrus Iozononius SCRIPTURÆ testimonia, vide quæ Vir eruditissimus præclare disserit eiusdem Operis *Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 7. *n.* 10. & §. 8. *n.* 5. & *seqq.*

quia non sit magistratus ea iurisdictio, qua aut controversiam hanc dirimere, aut diremptam remediis a Christo constitutis possit exsequi. In caussis cæteris omnibus puto generaliter probandum esse, quæcunque iurisdictio certis caussis inclusa sit, etiam de alia caussa aditum iudicem iurisdictionem habiturum in consentientes. Nihil enim in ea iurisdictione, quam iudex prius habuit, quidquam Ulpianus excipit. Nec quod excipi debeat, quidquam reperiemus.

XVI. Excipit tamen Accursius præter criminales illas caussas etiam caussam status, & suspecti tutoris accusationem ad *L. 1. C. de iurisdict. omn. iudic.* Caussam status, puta ingenuitatis & libertinitatis ideo, quia in *L. 2.* in fin. *C. de pedan. iudic.* cavetur, ut de his præsides ipsi diiudicent. Accusationem suspecti tutoris ideo, quia de ea ita scriptum est in *L. 1. §. tutores. D. ad Turp.* suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest: & nullus alius de huiusmodi quæstione, quam præses pronuntiare potest. Ergo de caussa status non dubito, quin consentientibus litigatoribus recte agatur apud eum, qui alioqui inter invitos de ea re cognoscere non potuit, fitque eius iudicis in ea caussa iurisdictio. Nam & de statu privati inter se iureiurando transigere possunt. *L. 3. §. 1. §. 2. D. de iureiuran.* quanto magis iudicio transigent apud iudicem, in quem consenserint? Nam utrobique res geritur litigatorum consensu. In iudicio hoc plus est, quod res iudicata habet publicam auctoritatem: *L. servo, 65. §. cum prætor, D. ad Treb.* iusiurandum privatam. Non moveor *L. 2. C. de pedan. iud.* Ea enim lex scripta ex professo de iis caussis, in quibus præsides dare iudices possint, aut non possint, iubet præsides ipsos cognoscere & diiudicare de quibusdam caussis, & in his nominatim de statu; non tamen simpliciter, sed tunc cum ipsi aditi sunt a litigatoribus, ut cognoscant; ipsi autem iudices dare volunt in invitos. Id quod lex non concedit. Finge ergo eos dare iudices admittentibus consentientibus litigatoribus: quis dubitet cessare constitutionem, & quod a iudicibus iudicatum erit, tale esse, ut litigatores acquiescere debeant rei ex consensu suo iudicatæ? ut est in *L. 1. C. de iurisd. om. iud.* Quare etsi litigatores alium adierint, eiusque iudicio se subiecerint, perspicuum est cessare & hic constitutionem. Quo fiet, ut si quæratur, quid hic servandum sit de iurisdictione in consentientes, id regulis iuris quæ sunt de hac parte, relictum intelligi debeat, ut cavetur in *L. præcipimus*, in fin. *C. de appel.* De accusatione suspecti tutoris, non negem esse eiusmodi, de qua alius quam præses pronuntiare non possit etiam consentientibus accusatore & tutore suspecto postulato; libenterque agnosco eam significationem esse superiorum illorum verborum, cum dicitur nullum alium de huiusmodi quæstione, quam præsidem pronuntiare posse. Sed non ideo hæc caussa excipienda fuit hoc loco. Non enim ideo alius de hac quæstione cognoscere non potest, quia consentientibus his ad quos res pertinet, non potuerit eius iudicis in consentientes esse iurisdictio: sed quia non transigitur unquam ex consensu eorum, ad quos res pertinet. Pertinet enim præcipue hæc caussa ad impuberem: cuius interest tutorem aut malum removeri, aut bonum & fidum retineri. Porro impubes tutorem suspectum non accusat, sed aut propinquorum, aut affinium, aut amicorum hæc accusatio est. *L. pietatis. C. de suspect. tut.* Ideo ad maiorem iudicii fidem, & quo tutius in eo impuberi consulatur, res præsidis, id est, summi magistratus solius cognitioni commissa est. Nos autem loquimur de ea caussa, in qua aditus sit iudex consentientibus iis, ad quos caussa pertinet. Stet igitur hæc quoque pars, quantumvis certis caussis de quibus cognoscat, circumscripta alicuius iudicis iurisdictio; tamen si in alia caussa aditus sit a consentientibus, sine exceptione iudicis iurisdictionem futuram in ea caussa in consentientes: tantum ut iurisdictio caussæ exsequendæ sufficiat. Ex quibus apparet, quam vere definierit Ulpianus sine exceptione, inter consentientes esse iurisdictionem cuiusvis iudicis, qui modo iurisdictionem aliquam habeat.

XVII. Non caret tamen definitio dubitatione. Sunt enim, quæ obiiciantur: suntque ea in summa tria, quæ iam breviter diluemus. Primum occurrit de consensu, quod dubitationem afferat: quod tale est. Conventione privata extra iudicium citra stipulationem interposita de aliquo iudice adeundo, quamvis maxime id egerint litigatores, ut se eius iudicis iurisdictioni subiicerent, nihilo tamen magis ei se subiiciunt, aut in eos esse incipit eius iudicis iurisdictio. *L. si convenerit, D. de iurisdict.* At cum litigatores iudicem ultro adeunt, eiusque audientiæ se subiiciunt, nihil aliud quam consentiunt, idest, conveniunt, ut is sit iudex. Quare aut

aut eo consensu non subiicient se iurisdictioni, aut in conventione extraiudiciali idem constituendum non fuit. Respondi iam ante, eum iudex aditur, & res eius audientiæ subiicitur, in eo multo plus inesse, quam litigatoris consensum. Nam qui iudicis audientiam sequitur litigandi caussa, simul & eum pro iudice agnoscit, & præscriptionem fori omittens, eamdem amittit: qua amissa adimit sibi in posterum omnem defugiendi eius iudicii potestatem, quoniam ut defugere liceret, solum hac præscriptione salva consequebatur. Quippe, ut dixi, præscriptio fori initio litis opponenda fuit; semel autem omissa post litem contestatam repeti non potest, *L. ultim. C. de except. L. Pomponius, §. ultim. D. de procur.*

XVIII. Secundum plus habet difficultatis, ad eos iudices pertinens, qui conclusam certis finibus iurisdictionem habent. Id tale est. Qui iurisdictionem nullam habent, hunc privatorum consensus iurisdictionem dare non potest. *L. 3. D. de iurisdict. omnium iud.* Atqui iudex quivis, qui iurisdictionem habet certis personis, aut certis caussis finitam, extra personas, & eas caussas iurisdictionem non habet. Quare extra eas personas, & extra eas caussas litigatores aut alii, aut in alia caussa iurisdictionem ei dare non possunt. Vel hoc modo; Nihil interest, utrum quis omnino iurisdictionem non habeat, an extra personas aut caussas sibi commissas versetur, ubi similiter nullam habet. Ei porro qui nullam habet, privatorum consensus iurisdictionem dare non potest. Proinde nec extra personas aut caussas illi attribuas privatorum consensus iurisdictionem dederit. Respondeo, totum hoc admittendum esse: nec quidquam verius, quam ultra quam iudici lege tributum est, nihil posse privatorum consensum ei adiicere. Nam cum nemo plus ad alium transferre possit, quam ipse habeat: *L. nemo plus, D. de regul. iur.* quomodo privati iurisdictionem dederint, quam non habent. Sed dum litigatores aut alii, aut in alia caussa se subiiciunt iudicis iurisdictioni, non ideo iudicis in consentientes iurisdictio est, quia daret in se iurisdictionem, si proprie loqui volumus; sed quia eam iurisdictionem quæ prius fuit iudicis in alios, aut in aliis caussis, in se quoque admittant. Hoc vero quivis litigator potest facere. Sic enim suum ius remittit, dum eam iurisdictionem, quam defugere poterat, patitur in se exerceri. Sic præscriptioni fori renunciat, quam prius habuit, dum hanc consulto omittendo initio litis amittit. Constat autem unumquemque iis quæ pro se introducta sunt, renuntiare posse; posse consensu suo iuris sui persecutionem deteriorem constituere. *L. pen. C. de pact. L. pactum, D. eod.* Et tamen quoniam dum patitur litigator iurisdictionem ad illum modum in se exerceri, facit, ut iudex in ipsum iurisdictionem habere incipiat: prope est, ut & ipse illo facto videatur in se ipsum dedisse iurisdictionem. Qua de caussa & interdum abusive ita dici legimus; sicque loquitur Ulpianus in *L. 2. in princ. D. de iud.* quomodo & nos aliquoties supra locuti sumus, eum tamen si proprie loqui volumus, non sit dicendum, litigatorem consentientem iurisdictionem dare quam non habet: sed potius, dare iudici iurisdictionis in se exercendæ potestatem.

XIX. Tertium obiicitur; per se non ita explicatu difficile, quod tamen mirum est, quam Accursium & alios interpretes torserit. Id tale est: si iudex ita sumi non potest ab extraneis, ut fiat arbiter inter consentientes, multo minus eligi potest, ut incipiat inter eos consentientes habere iurisdictionem. Plus est enim in iurisdictione quam in arbitrio, Quod si iudici deferri arbitrium non potest ex consensu, quod minus est; multo minus potuit iurisdictio deferri ex consensu, quod maius est. Atqui iudex non potest ita sumi a privatis, ut fiat inter eos arbiter; hoc vulgo probari putant, *L. sed si servum, 9. §. si quis iudex, D. de recep.* ubi ita scribitur; si quis iudex sit, prohiberi eum lege Iulia arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est. Ergo nec iudex ita sumi poterit ex consensu, ut fiat eius iurisdictio in consentientes, in quos prius non fuit. Recte conclusum sine dubio, & vere, siquidem verum esset, quod desumunt, & quod superiore loco dici putant: quo nihil minus verum est; & in eo est merito, quod iudicium eorum, vel potius attentionem requiramus. Quisquis aliquo in loco iudex & magistratus est, ne dubitemus eum ita adiri posse a privatis sive extraneis, sive eius territorio subiectis, ut fumatur inter eos arbiter, & arbitrium ipse recte atque utiliter recipiat. Necesse est enim id ita licere, nisi iure prohibeatur: quæ generalis definitio est, quoties quid iure liceat, aut non liceat, quæritur. *L. mutus, §. 1. D. de proc. L. necnon, §. quod eius D. ex quibus cau. ma. L. 1. §. 1. D. de test.* Nusquam autem prohibetur, aut ulla etiam prohibendi ratio est, quo minus ab initio magistratus & iudex arbitrium recipiat inter privatos. Et pueri-

rili-

riliter erratur vulgo, dum prohiberi putant in *d. L. sed si servum, §. si quis iudex. de recept.* qui locus ita scriptus est, ut si paulo diligentius attendissent, reperissent. nullum esse, quia apertius contrarium confirmaret. Illic enim prohibetur arbitrium recipere iudex: sed iudex qui iam iudex factus erat eius rei, cuius arbitrium recipitur. Unde intelligi debuit, si quis adeatur de ea re, de qua prius cognoscere & iudex esse non cœperat, non prohiberi eum eius rei arbitrium recipere. *argu. in L. ex eo, D. de testi. L. qui testamento, §. mulier, D. qui test. fac. poss.* Neque vero differentiæ ratio est obscura. Iustis enim de caussis vetatur iudex arbitrium recipere eius rei, de qua iam ante iudex est. Primum quid si is arbitrium postea receperit, incipiet personam sustinere duorum iudicum, iudicis legitimi, & arbitri: idest, personas duas contrarias, quas una & eadem persona non admittit. Nam iudex iubetur iudicare ita, ut iure proditum est. *Inst. de offic. iud.* in princ. Arbiter autem ita sumitur, ut dicat quod sibi æquum visum est, rataque est eius sententia, sive æquum, sive iniquum dixerit. *L. societatem, 76. §. ult. D. pro soc.* Tum autem ab eo, qui iam ante rei iudex factus est, turpiter arbitrium recipitur, nec caret manifesta suspicione iniuriæ. Cur enim recipit, nisi ut ab eo quod ius esse novit, recedere ipsi liceat, idest, alterutri litigatori iniuriam facere per caussam & speciem recepti arbitrii? quod iudici concedendum non fuit. Quin potius de eo ita recte dicetur. Si ut iudex recte iudicaturus erat, ita iudicet, neque effugium quærat: si non recte, non debet neque iudex esse, neque arbiter. Quod si iudicis personam iam ante susceptam retinere vult, arbitri a se amoveat. Quorum nihil de eo magistratu sen iudice ordinario dici posse apparet qui iudicio nondum de re suscepto sumitur inter privatos de aliqua re arbiter. Quo fit, ut nulla sit caussa cur prohibeatur id arbitrium recipere. Ac de eo magistratu seu iudice nunc loquimur, qui rebus integris aditur, ut ius dicat inter privatos & consentientes. Congruunt hic igitur arbitrium & iurisdictio per omnia: ut ad iudicem qui nondum rei controversæ iudex erat, venire possumus, & nos ei utiliter subiicere: ita & eum adire, ac sumere arbitrum, ut utiliter arbitrium recipiat. Quod si quis iam de re iudex esse cœperat, eveniet in eo pariter, ut neque amplius ei arbitrium tribuere possimus, neque adeo iurisdictionem. Non arbitrium, de quo superiore loco cautum est, ne iudex iam factus id recipiat. Non adeo iurisdictionem, quia iudicio cœpto iam iudicis iurisdictio in ea caussa esse cœperat. *L. ubi, D. de iud.* Quæ autem iurisdictio semel eius esse cœpit, amplius eius fieri non potest: ut nec aliud quidquam quod semel nostrum factum sit. *§. sic itaque, Inst. de act.* Quibus expositis constituta est Ulpiani definitio, ut nemo dubitare possit, quin omni ex parte vera sit, & recipienda adversus consentientes in omni iudice, qui aliquam iurisdictionem habeat.

XX. Superest, ut cum ex supra scriptis conditionibus iurisdictio iudicis constituta erit, videamus, quæ sit hæc subiectio, quæ nascitur ex litigatorum consensu, quæve iudicis iurisdictio. In quo breviter spectandum est, cuius sit iurisdictio; in quos, & quanta. Et definitio ostendit iurisdictionem esse cuiusvis iudicis, qui iurisdictionem habeat: ut nihil intersit, neque qualem habeat, neque quantam. Id quale esset, supra satis exposuimus. Est autem iurisdictio inter consentientes, ut eadem definitione expressum est. Consentientes intelligere debemus, qui prius eius iudicis iurisdictioni subiecti non erant: vel quia non essent ex eo territorio; vel quia non essent inter eas personas, quibus iudex præfectus est; vel quia non pertineret caussa ad iudicem. Quod si qui iure ad iudicis iurisdictionem pertinebunt, hi pertinebunt necessitate iuris, non suo consensu. Iurisdictio autem ex consensu in consentientes tanta futura est, quanta futura esset, si iure ad iurisdictionem iudicis pertinuissent. Itaque si iudex propriam iurisdictionem habuit, hæc perpetua erit in consentientes. Si habuit mandatam, hæc tamdiu durabit, quandiu perseverabit mandatum: finito mandato, ut finitur mandata iurisdictio, sic & in consentientes esse desinet. Præterea in consentientes non maior iurisdictio futura est, quam iudex per se haberet, quanvis caussa delata maius aliquid desideret. Nam ut supra diximus, litigatores iurisdictionem quam iudex ex se habeat, in se admittere possunt: iudici novam dare non possunt, quam ipsi non habent.

CAP. XI.

Ubi quisque subiiciatur iurisdictioni iudicis; seu ubi quisque conveniri & se defendere debeat ex alterius persona: & qui hoc nomine conveniantur.

Invitus quis iurisdictioni subiicitur ex persona, vel caussa. Ex persona iterum aut sua aut alterius. I.
Ex alterius persona heres & defensor. II.
Heres defendi debet, ubi defunctus, si viveret. Interpretatio L. Heres *in princ.* D. de iudic. III.
Nec ullo excusatur privilegio, etiamsi publico, & in corpore iuris clauso, ut vocant. IV. V.
Hæc Ulpiani expositio defenditur, & vindicatur a contrariis. VI. VII. V.
Defensor iudicem eius quem defendit, sequi debet. VIII.

I. Atque hoc in consentientes iurisdictionis ius est. Quod si eum invito res agetur, & qui nisi coactus nolit iurisdictionem iudicis, ad quem vocatus est, subire: hic necesse est iure quemque subiici, ut diei possit esse iudicis iurisdictio; seu ut diei possit competens iudex esse is, qui aditur, aut ad quem quis vocatur. De quo varie constituitur iure, idque partim ex litigatorum persona, partim ex caussa. Ex persona litigatorum primum. Nam cum quæritur, an iudicis iurisdictio sit in invitum, ante omnia spectandum est, quæ sit conventi persona, & quo nomine cum eo agatur. Multum enim interest, utrum conveniatur quis ex persona alterius, an ex sua.

II. Quisquis ex [1] alterius persona convenitur, subiicitur iurisdictioni eius iudicis, cuius is, ex cuius persona agitur: &, quod idem valet, ibi quisque conveniri, ibique se defendere debet ex alterius persona conventus, ubi is debuit, ex cuius persona convenitur. Id ita esse species harum personarum huic definitioni subiectæ declarabunt. Duo sunt, quæ ex alterius persona conveniuntur; heres, & defensor. Et ad utrumque superior illa definitio pariter pertinet.

III. De herede hæc Ulpiani definitio tenenda est, quæ exstat in *L. heres*, 19. in pr. D. de iud. *heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, & conveniendus, si ibi inveniatur: nulloque suo proprio privilegio excusatur*. Quæ verba breviter expendemus. Ait, heres absens ibi defendendus est, Quid si sit præsens? Multo magis ibi se defendere debet vel per se, vel per alium; facilius enim præsens ibi se defendere potest, quam absens. Et constat ius ita esse, ut qui alicubi se defendere debent, sive ibi latitent, sive absentes a nullo defendantur, mittatur adversarius in possessionem bonorum eius, & si pergat non defendi, bona distrahantur. *L. satisque. D. de in ius voc. L. item, §. hæc autem, D. ex quib. caus. maio.* Cur ergo Ulpianus adiecit, absens? Quia propositum habuit distinguere absentem heredem a præsenti in conveniendi facultate ut sequens membrum indicat, & hoc sensit omnino: heres si absens est, nihilominus ibi defendendus est, ubi defunctus debuit: at non item conveniendus, quia nec potest natura absens conveniri. Sed si ibi inveniatur præsens, etiam ibi conveniendus est, non tantum defendendus. Adiecit hanc conditionem, *si ibi inveniatur*, non quæ referretur ad heredem defendendum, sed ad conveniendum, quod membrum proxime præcesserat. Adiecit autem ideo, ne quis putaret eum hanc conventionem exigere etiam in absente herede, quæ in præsentem solum cadit; quasi diceret heredem etiam ibi conveniendum: sed ita, non si absens sit, sed si præsens, & ibi inveniatur: scilicet quia nec potest quisquam aliter conveniri. Est enim convenire aliquem, coram appellare, eum præsente agere de re aliqua, qui nobis de ea re respondeat; ut præsens quidem dicatur conveniri; absens autem per præsentem defendi. Exempla apud probatos auctores passim obvia, præsertim apud Comicos, ut apud Terentium. Uno

1) Paurmeist. 2. *de iurisd.* 4. n. 91. *& seq.* Ex alterius, ait, persona apud iudicem non suum invitus quis convenitur vel iure communi, ut Heredes & defensores, vel singulari, actoris vel rei privilegio.

Uno aut altero contentus ero ex *Adelphis:*

Tace, egomet conveniam iam ipsum...

Et alibi

... Ego Mitionem, si apud forum est
Conveniam: atque ut res gesta est, narrabo ordine.
Si est, ut facturus officium siet suum,
Faciat: sin aliter de hac re eius sententia est,
Respondeat mi, ut quid agam, quamprimum sciam.

Quam & proprietatem verborum eleganter servavit idem Ulpianus in *L. item, §. hæc autem, D. ex quibus cau. mai.* Interim hoc retinendum est, ita præsentem heredem conveniri debere, ubi defunctus debuit, si ibi inveniatur, ut quanvis ibi non inveniatur, nihilominus ibi se defendere debeat, ut ante dixi. Neque tamen eo minus heres absens ibi in ius[2] vocandus est, priusquam bonorum possessionem aut distractionem patiatur. Alioqui quomodo constabit eum non defendi? de quo dicetur suo loco. Neque hæc inter se pugnant. Longe enim aliud est in ius vocare quempiam, aliud convenire. In ius vocari potest quivis etiam absens, ut dicetur suo ordine. Conveniri, id est, coram appellari nemo, nisi præsens. Defendendus est igitur heres & præsens & absens, ubi defunctus debuit. Denique ibi defendendus omnimodo. Ibi defendi heredem debere, eum dicit Ulpianus, hoc dicere intelligitur, defendi eum ibi debere, etiamsi ex sua persona alibi conveniri & se defendere deberet. Quod & verum est: & huiusmodi exemplo declaratur in *L. si is qui*, 34. *D. de iud.* Defunctus Romæ contraxit, aut Romæ iudicium suscepit de re aliqua, vel Romæ domicilium habuit: quibus omnibus de caussis, ut postea dicetur, subiiciebatur iurisdictioni, seque defendere debebat Romæ. Si proponas heredem alibi habere domicilium, quanvis trans mare; tamen in ea caussa est, ut Romæ defendi debeat.

IV. Ait Ulpianus, *nulloque suo proprio privilegio excusatur*. Privilegium intelligit proprii iudicis: cum heredi proprius iudex datus est, ad quem præter rationem communis iuris revocare liceat: puta etiamsi conveniatur in iis locis, in quibus iure communi conveniri potuisset: cuiusmodi loca vulgaria sunt duo, ubi domicilium habet, & ubi contraxit. *d. L. heres, §. 1. de iud.* Tale est privilegium militum, quibus militares iudices dati, ad quos revocare ex superioribus locis possint. *L. penult. C. de pact. L. si quis posteaquam*, 7. *D. de iud. L. magisteriæ, C. de iurisdict. omn. iudic.* Tale privilegium scholasticorum, quibus præter communes iudices & ordinarios Rector universitatis datus est, ad quem revocare possunt ex *Auth. habita, C. ne filius pro patre*. Tale ecclesiasticorum ex constitutionibus, quibus datum est, ut ad episcopum suum revocent. *L. placet, C. de episcop. & cler. Authent. statuimus, C. de episc. audien.* Cum dicit Ulpianus heredem nullo privilegio in hac re excusari, significat huiusmodi privilegia non esse unius generis, & ita est: Privilegium ad indicem proprium revocandi duplex est, unum privatum, alterum publicum & commune. Privatum, quod privato alicui conceditur a principe privato diplomate; ut si cui princeps ob gratiam vel dignitatem certum iudicem attribuat, quo uti is possit, eum visum est. Publicum & commune voco privilegium, legibus publicis certo generi personarum tributum proprii iudicis: qualia sunt illa, quæ modo diximus, militum, scholasticorum, ecclesiasticorum.

V. De privato privilegio, quod diplomate impetratur a principe, omnes interpretes consentiunt, heredem ex persona defuncti conventum nullo eiusmodi privilegio excusari posse, quo minus se defendere debeat, ubi defunctus debuit. Et recte. Non enim beneficia principum in cuiusquam iniuriam tribui solent. *L. nec avus, C. de emancip. lib.* Sed de publico privilegio, & ut ipsi loquuntur, de eo, quod in corpore iuris inclusum sit, dissentiunt, & maxima ex parte[3] defendunt heredem huiusmodi privilegio uti posse,

[2] Sed Costal. *ad d. L.* 19. Heredem absentem posse conveniri ubi defunctus debuit, quoad negocia cœpta. Quoad nondum cœpta autem in testatoris foro non conveniri, nisi ibi inveniatur & sit præsens, & Lang. *de Excep. P.* 2. C. 1. *n* 47. ita absentem respondere cogi &c. si defunctus ibi iudicium acceperit *L.* 34. *h. t.* quia per litis contestationem perpetuata iurisdictio. Quod tamen, ut apparet ex *n.* 63. ita intelligit, nisi heres bona habeat in loco contractus cum defuncto initi.

[3] Eaque sententia vicit Bart. Castr. & Costal. *ad d. L.* 19. vid. Paurmeist. 2. *de iurisd.* 4. *n* 93. *&* C. 8 *n.* 56. Ant. Massa Gales. *ad Formul. Cam. oblig. P.* 2. *ad* 2. *oblig. particulam.* Q. 42. *n.* 3 Covar *Pract.* QQ. C. 7. Vinc. de Franch. *Decis.* 234. adi tamen Prider. *de Proc. extr. Lib.* 3. C. 5. *n.* 7. An heres ob iuramentum defuncti æque possit conveniri in foro ecclesiastico, uti potuit defunctus? vid. Seraphin. de Seraph. *Privil. iuram.* 67. *n.* 12. *& seqq. ubi in Addit.* Martin. Benckendorf. *n.* 18. negant.

posse, ne ibi conveniatur, ubi defunctus debuit. Moventur verbis Ulpiani quæ sunt in superiore definitione. Non enim dicit simpliciter heredem nullo privilegio excusari; sed *nullo suo proprio*. Aliud est proprium, aliud commune. Proinde communi excusabitur heres, qui proprio solum uti prohibetur. Addunt exemplum legatorum, quibus olim datum erat, ut Romæ conventi, ubi alioqui iure communi conveniri omnes poterant, constat datum fuisse, ut domum revocare possent ex privilegio: quod beneficium illis non privato diplomate, sed publice constitutionibus datum est. Sed probandum est heredem, quominus conveniatur, ubi defunctus debuit, nullo neque privato, neque legibus in commune certis personis tributo privilegio excusari aut defendi posse. Id adeo verba Ulpiani diserte exprimunt. Non enim dicit heredem non excusari hoc aut illo privilegio, sed nullo. Qui nullum dixit, omnia huius generis exclusit. Nec quidquam mutat, quod Ulpianus ait *nullo suo proprio privilegio*. Nam & quod legibus certo generi personarum tribuitur, id proprium cuiusque privilegium est. Id enim proprium dicimus, cuius commodum, aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet. *L. 1. §. in propria, D. quand. appel. sit.* Quod autem privilegium legibus tribuitur, eius commodum ad singulos, quibus tributum est, suo nomine pertinet. Proprium igitur & hoc privilegium singulorum. Non obstat, quod id privilegium commune est omnium eius generis personarum, cui generi id tributum est. Nam hoc privilegium idem & commune est, & proprium. Commune, si universitatem eius generis spectemus, quia omnibus in commune seu universim tribuitur. Proprium, si spectemus singulos. Sed & commune est utendi potestate, dum singuli ex re nata eodem uti possunt. Usu singulorum proprium: cum enim singuli utuntur in caussa sua, sibi proprie utuntur. Postremo in usu iuris constat, quod commune est, etiam proprium nostrum dici, & merito: quia quod commune est, saltem pro ea parte, quæ iure attingit, meum est. *L. pupillus, §. ult. D. de verbor. signif.*

VI. Quominus autem dubitemus definitionem Ulpiani ita accipiendam esse, sententia superior & certa ratione iuris, & certis exemplis defenditur: quibus omnibus efficitur, quoties quis ut heres convenitur, iure eum defuncti uti debere, nec posse ullo privilegio suo neque privato uti, neque communi. Ius ita est, comprehensum regula iuris: Qui in ius alterius succedit, iure eius uti debet. *L. qui in ius, D. de regul. iur.* Iuris eius æquitas hæc, quæ & hic animadversa est a veteribus: est enim iniquissimum eum qui cum defuncto contraxit, aut aliquid negotii interpositum habuit, conditionem & privilegium heredis sequi, cum quo nihil contraxerit. *L. apud 3. D. quibus ex caussis in possess. eat.* Adde his exempla pupilli & fisci, in quibus ius superius quod dixi, nominatim confirmatum est. Pupillus inter cætera beneficia ei ætati ob favorem tributa, hoc privilegio ex edicto utitur, ut si is non defendatur, bona quidem eius possideri possint a creditoribus, & non etiam distrahi. *L. in possessionem, 6. in princ. D. quibus ex causs. in possess. eat.* Sed hoc hactenus, si ex persona sua conveniatur. Quod si patri heres conveniatur ex contractu patris, placet eum uti iure defuncti, ut si non defendatur, non solum bona patris possideri possint, sed etiam suo tempore venire eodem iure, quo si cum patre ageretur; ob eam æquitatem videlicet, quam supra dixi, *d. L. apud, 3. D. quibus ex caussis in possess. eat.* Fisci quoque certum privilegium est, non illi a principe aliquo privatim, sed legibus publicis & iure communi tributum, ut præferatur etiam privilegiariis creditoribus omnibus. Præterea & tacitam hypothecam habeat, qua præferatur etiam hypothecariis creditoribus posterioribus. *L. 2. C. de privil. fisc.* Idem tamen si privato successerit, privati iure utitur, non ullis privilegiis suis quanvis iure publico constitutis. *L. fiscus, 6. D. de iur. fisc. L. cum quidam, §. fiscus, D. de usur.* Quæ si in fisco recte dicuntur, multo magis in herede privato admittenda sunt.

VII. De legati exemplo, quod ab istis adfertur, respondeo: nam de verbis Ulpiani iam ante satis respondi. Legati si Romæ convenirentur olim, ius revocandi domum habuerunt, privilegium scilicet ipsis iure publico tributum. Hoc ita est, si ut legati convenirentur, non ut heredes. Quod si ut heredes, omnino defuncti iure uterentur, non suo. Nam & fisco similiter sua privilegia iure communi tributa sunt: quibus tamen omnes iuris auctores consentiunt, eum uti posse, si conveniatur aut agat, ut fiscus, ex persona nimirum sua. Quod si ut heres, hic vero eum iure privati uti, *d. L. fiscus. D. de iur. fis.*

VIII.

VIII. Defensoris eadem caussa, quae heredis. Defensor est, qui alium in iudicio defendit. Quisquis alienae litis defensor est, sive volens defensionem suscipit, sive iure coactus, eius iudicem sequi debet, quem iudicio defendit. Cuius sententiae certum argumentum praebet exemplum venditoris in caussa evictionis. Nam venditor is est, qui si conveniatur emptor de proprietate rei venditae, defendere eum cogatur ab eo interpellatus, ut caussae agendae adsit. *L. cum ex caussa*, 139. *D. de verb. obligat.* Si tamen venditor, inquit Paulus, ab emptore denuntiatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicat se privilegium habere sui iudicis, non audietur, sed emptoris iudicem [4] sequi debebit. *L. venditor*, 49. *D. de iud.* Atque id efficit defensoris verbum: nam defendere est eamdem vicem, quam reus subire. *L. minor*, 51. *L. sed & hae*, 35. *§. defendere*, *D. de proc.* Quae cum ita sint in his personis, restabit hoc solum, ut quaeratur, ubi conveniri & defendi debeat is, cuius ex persona agitur. Et defendi tum defunctus, tum dominus litis ibi debent, ubi quisquis ex persona sua iurisdictioni subiicitur. Proinde qui noverit, quis cuius iurisdictioni subiiciatur ex sua persona, idem quis subiiciatur ex persona tum sua, tum aliena, noverit.

CAP.

4) *L. 1. L. 2. L. ult. C. ubi in rem act.* vid. Wes. *ad d. L. 1.* Quar. *de iudic. Cap. de Foro comp. f.* 170. (ubi docet in *d. L.* 49. mentionem privilegii fieri, quia ex facto inciderat quaestio, non quia aliud sit in alio iudice) Gail. 1. *Obs.* 37. Suarzenthal. *Lib. 1. Process. iudic. C. 6. n. 40. & seqq.* Unde Pourmeist. *Lib. 2. de Iurisd. C. 4. n. 95.* notat directo statui imperii & imperio mediate subiectum, si quid vendiderit ei, qui immediate subest, eique lis coram Imperatore mota denuncietur, eiusdem tribunalis iurisdictionem subeat necesse esse. Idem esse etsi clericus sit defensor, communius placuit teste Monsch. *Pract. iudic. P. 2. C. 6. principali n.* 59 & in Senato Spirensi servatur, Gail. 1. *Obs.* 37. *n.* 7. P. Frider. *de Process. extr. Lib. 3. de Contin. caus. C. 5. n.* 8. diss. Ioan. de Amono *Singul.* 69. Fideiussor vero convenitur coram suo, non principalis debitoris, iudice, vid. Hering. *de Fideiuss. C.* 23.

CAP. XII.

Ubi subiiciatur quisque ex persona sua iurisdictioni, tum quibus de caussis; & in his primum de domicilio.

Ex persona sua subiicitur quis iurisdictioni iure communi quatuor ex caussis; quae istae. I.

Ex Domicilio. Commune hoc & privatum. II.

Privatum quid sit. In istu desiderari habitationem & animum consistendi. III.

Animus consistendi unde aestimetur. IV.

Qui habeant ex alterius persona domicilium. V.

Unumquemque ibi conveniri & defendi oportere, ubi habet domicilium. Exponitur. L. 2. *vers.* nam ibi C. de Iurisd. VI.

In quacunque civili & criminali caussa, actione in rem & personam actor sequitur forum rei. VII.

In caussa status qua distinctione res temperetur. VIII.

In duplicibus iudiciis quomodo res expedienda; quis habendus pro actore. IX.

Horum Pauli I. C. verborum: appellat, qui prior agit *quae vis & sententia Bartoli interpretatio revincitur.* X.

Item alia contraria removentur. XI.

I. Ex sua vero persona subiicitur unusquisque iurisdictioni iudicis, ut sunt caussae, propter quas iure quemque subiici placet: quae caussae iure certae & definitae constitutae sunt. Hoc modo subiicitur quisque iurisdictioni partim iure communi, partim ex privilegio. Iure communi omnino quatuor res sunt, quae eos qui ex persona sua conveniuntur, iurisdictioni eius, apud quem agitur, subiiciunt; quae eaedem faciunt, ut iudicis iurisdictio sit de ea re, de qua agitur; sive ut sit competens iudex, quem quaerimus; apud quem propterea quisque agere & conveniri debeat. Sunt autem hae res, totidem subeundae iurisdictionis [1] caussae: Domi-

1) Vulgo ita quatuor caussas constituunt ex *C. ult. de foro comp.* Domicilium, Contractus, Delictum & Rem sitam, vid. Vult. *ad L. 2. C. de iurisd. n. 2. & 9. & ad L. 5. eod. n. 3. & ad L. ult. C. Ubi in rem act. n. 3.* Zang *de Except. P. 2. C. 1. n. 4.* Recte vero diversa caussa & peculiaris statuitur delictum publicum, quando criminaliter agitur; Quando vero civiliter venit nomine contractus *L. 20. de O. & A.* Math. Steph. 1. *de Iurisd.* 23. *n.* 11.

micilium litigatoris in territorio iudicis constitutum; obligatio, qua de agitur, ibi contracta; Res ita sita, de cuius proprietate aut possessione agitur; iudicium ibi apud eum iudicem cœptum.

II. In primis domicilium, de quo ita ius est: unumquemque, ibi id est in eo territorio, defendi debere, & quod idem est, ibi iurisdictioni iudicis eius territorii subiici, ibi forum sortiri & habere, ubi domicilium habet. *L. heres*, §. 1. §. *ult. D. de iudic. L.* 2. *C. de iurisdict. omn. iudic.* Recte; ut enim territorium ipsum, sic & omnis qui ex territorio est, eius territorii iurisdictioni subiicitur, & quidem multo magis: cum homines sint proprie, in quos dici possit ius esse terrendi; unde territorium dictum volunt; *L. pupillus*, §. *territorium*, *D. de verb. signif.* non autem loca inanimata, quorum nullus est sensus. Est autem ex eo territorio, quisquis in eo domicilium habet. Itaque in tota hac quæstione diligenter ante omnia statuendum est quod sit domicilium cuiusque, & ubi iure habeatur. Domicilium Romanis duplex: quoddam privatum, quoddam commune; Et commune Romanis olim fuit Roma: de quo nonnihil postea ordine.

III. Hoc sublato, ut & Roma ipsa Imperii sede, mansit, & manet etiam nunc domicilium cuiusque privatum. Id domicilium ² describitur pluribus verbis non ineleganter in *L. cives*, *C. de inco. lib.* 10. sed maiore venustate, quam certitudine definitionis. Nam illa, sedem rerum suarum alicubi constituere; inde non esse discessurum si nihil avocet; inde si quis profectus sit, eum peregrinari videri, quæ sunt in superiore descriptione: si non æque incerta sunt, atque illud, alicubi domicilium habere, ut certe non sunt: Incerta sunt tamen, & adhuc illam quæstionem desiderant, unde sedem alicubi ita constitutam intelligamus, ex quo illa sequuntur, quæ diximus. Pressius igitur, & certius sic domicilium cuiusque privatum recte definietur: ut sit locus, in quo quis habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat, nisi quid avocet. In summa si distincte dicendum est, duæ res domicilium constituunt, quas superiore definitione volumus intelligi, habitatio cuiusque, & animus ibi consistendi. Primum habitatio: sine hac domicilium non est. Itaque ut maxime quis in aliqua civitate non unam domum, sed plures possideat; si in illis non habitat, illic domicilium non habet, eoque nec propter eas ibi conveniri potest. Quo pertinet illa Papiniani definitio: *sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium* 3
non facit. L. libertus §. *sola domus*, *D. ad munic.* Habitatio non est satis, animum consistendi accedere oportet: ut quis scilicet ita ibi inhabitet, ut ibi sedem sibi 4
constituerit, idest, ut ibi perpetuo consistat, non temporis caussa: nisi aliquid inde avocet. Quisquis temporis caussa alicubi commoratur & consistit, ibi domicilium non habet. Veluti, si qui legationis caussa aliquo venerint, & dum legatione funguntur, ibi habitationem conduxerint: si qui venerint aliquo negotiandi, aut mercaturæ discendæ caussa. Ipsi adeo studiosi qui aliquo venerint studiorum caussa, hoc ipso quod ibi ita consistant, ut post studia completa domum redeant,

n. 19. adde forum continentiæ caussarum, & ita quinque caussas habet, Alnod. de Reig. *Disp. Process.* 11 *Th.* 77. ita bipartito: Forum sortiri aliquem aut loco, & vel ratione domicilii vel rei sitæ; aut obligatione & vel ratione contractus vel delicti.

2) Quæ descriptio est domicilii habitationis, quod accidentale quidam vocant, & domicilio naturali seu originis opponunt. Verum huius effectus in munerum civilium delatione ac iniunctione, non in foro sortiendo vel iurisdictione subeunda: vid. Menoch. 6. *Præsum.* 42. n. 5. Tiraq. *de Retr lignag.* §. 9. *Gl* 2. n. 21. *& seqq.* Coler. *de Process. P.* 2. C. 1. n. 17. Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *C.* 6. *principali* n. 9 *& ad Rub. extra de foro comp.* n. 9. *& seqq.* Gœd. *ad L.* 190. *de V. S.* n. 4. Nec io loco nativitatis suæ parentumve (sic enim ortum ab oriundo distinguunt, ut hic dicatur oon qui ibi natus, sed genus duxit, seu oriri debuit, Alc. *ad L.* 147. *de V. S.* n. 4. *& ad d. L.* 190. n. 3. Scal. *Lib.* 7. *de Ca. ling. lat. C.* 149. etsi sæpe discrimen negligi a Iurisconsultis scribat Gœd. *d. loc.* n. 3. contra Cujac. 14. *Obs.* 33. qui docet voculam *oriundum* iure nostro semper notare originem paternam, non propriam & natale solum forum competens, nisi ibi reperiatur, Monach. *dd. locis* Gail. 2 *Obs.* 36 n. 11. Matth Steph. 1. *de Iurisdict* 28. n. 75. *& seqq* Paurmeist. 2. *de Iurisdict* 8. n. 37. Quod tamen generali Germaniæ uso non obtinere, quin effectum domicilii originis generaliter sublatum esse notat, *ibid.* n. 38. post Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. n. 28. & Vult. *ad L.* 2. *Cod. de iurisdict.* n 23 Domicilium tameo præsumi aliquem habere in loco originis, idem *d. C.* 1. n. 5. *per L.* 3. *Cod. de municip* & *arg. L.* 6. *princ. &* §. *ultim. L.* 17. §. 11. *ad Municip. L.* 26. *de capt. & postl.* ideoque si conventus dicat se alibi domicilium habere, onus probandi illius esse. In dubio appellatione domicilii venire habitationis non nativitatis, post alios Decian. 4. *Tr. crimin.* 16. n. 13. quia id specialiter ac proprie sic dicitur, Paurmeist. *d. C.* 8. n. 25.

3) *L.* 4. *C. de incol. L.* 53. *C. Th. de decurion.* Cuiac. 14. *Obs.* 02. *&* 24. *Obs.* 33. Wes. *Cons.* 1. n. 57. Domus enim possessio facti est, domicilii constitutio iuris. Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 28. n. 31. *& seqq.* Etsi Galliæ moribus aliud, Hotom. *Cons.* 52. n 22. Contra ubi domicilium, ibi necesse esse, ut sit domus, Cuiac. *d. Obs.* 33. *in fin.* Non tamen propria, sed etiam aliena vel conducta, precaria aut gratuita, vid. Gœd. *ad L.* 203. *de V. S.* n. 2.

4) Ubi larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit *L.* 7. *Cod. de incol.* ubi quid laris vocula significet, scite explicat Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. n. 9. Sane si animus consistendi & domicilium constituendi expresse appareat: incolam fieri quem, etsi maiorem partem bonorum, ubi habitat, non collocaverit, Menoch. 2. *Arb. Cas.* 86. n. 2.

deant; quantocunque tempore ibi conſtiterint, tamen ibi domicilium [5] non habent: eoque nec de iis quæ alibi contraxerint, non autem ibi ubi ſtudiorum cauſſa degunt, ibi a quoquam conveniri poſſunt. *L.* 2. *C. de inco. lib.* 10.

IV. Quod ſi dubitabitur, quis ſit animus in ea re cuiuſque; de eo duabus his ex rebus [6] æſtimandum eſt; ex muniis vitæ quotidianæ, quæ quis alicubi obeat, tum ex ordine & conditione perſonæ. Ex muniis vitæ; ſi quis aliquo in loco ea faciat, quæ facere eius loci cives & incolæ ſolent: puta, ſi in eo loco ſemper agat; in illo emat, vendat, contrahat; in eo foro, balneis, & aliis locis communibus utatur; ibi ſeſtos dies celebret; omnibus denique commodis loci fruatur, ut Ulpiani deſcriptio eſt in *L. eius*, 27. *§.* 1. *D. ad municip.* Ex conditione perſonæ; ſi cuius ea conditio ſit, propter quam eum in aliquo loco ſemper conſiſtere neceſſe ſit. Cui rei exemplo ſunt tres; ſenator, miles, relegatus: de quibus ita veteres. [7] Senatores etiam qui liberum commeatum, id eſt, ubi velint morandi arbitrium acceperint, nihilominus domicilium in urbe retinere. *L. filii*, *§. penult. D. ad municip.* Nempe quia & illos in urbe conſiſtere propter ordinem convenit. Militem ibi domum habere videri, ubi meret, ſi nihil in patria poſſideat: quaſi animo ad eum locum adiecto, in quo ad militandum conſiſtere, & ſtipendium accipere cogitur. *L.*

Tom. IV.

[5]) Ideoque nec de contractibus alibi initis, in loco ſtudii ceu domicilio, ſtudioſus conveniri poteſt, Bart. *ad L.* 19. *§.* 2. *hoc tit. n.* 7. Rebuff. *Privil. Schol.* 121. Pac. *Comm. ad Auth. habita Cap.* 9. *n.* 14. Tametſi gaudeant privilegiis civium illius civitatis, Rebuff. *d. Priv.* 121. qui & tradit *Privil. ſeqq.* ſi ex ſtatuto vel conſuetudine habeantur pro civibus, tantum quoad ea, quæ favorem concernunt, non quæ damnum & odioſa ſunt. Exceptio in *d. L.* 2. *Cod. de incol.* niſi 10. annis tranſactis ſedes ibi conſtituerint. Non igitur ſolus decennii lapſus incolam eum faciet. Sed factum cum tempore coniunctum illa verba requirunt, ut ſcilicet habitationem perpetuam conſtituerit, aliudve fecerit, unde animus contracti domicilii appareat. Immo ſi certum ſit ſtudiorum gratia adhuc commorari, animumque ſuum declaret, nec per mille annos domicilium contrahet, ut Menoch. 2. *Arb. Caſ.* 86. *n.* 6. *&* 7. *& n.* 22. Vult. *in L.* 2. *Cod. de iuriſdict. n.* 19. *& ſeq.* Pruckm. *Vol.* 1. *Conſ.* 17. *n.* 71. Zang. *d. Cap.* 1. *n.* 19. Matth. Steph. 1. *de iuriſdict.* 28. *n.* 49.

6) De coniecturis contracti domicilii, vid. Alc. *in L.* 239. *§. incola* 2. *de V. S.* Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 8. Menoch. 2. *Arb. Caſ.* 86. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 5. *& ſeq.* Quando autem animus conſtituendi verbis declaratus vel re & facto, decennii lapſus non requiritur, Gail. 2. *Obſ.* 35. *n.* 7.

7) *L. pen. de Senat.* Senatoribus Italia egredi non licuit, niſi iura liberæ legationis dato, de quo vide Zamoſc. *Lib.* 1. *de Senatu pag.* 62. *& ſeqq.* Eadem ratione Clericis domicilium eſt in loco beneficii requirentis aſſiduitatem vel reſidentiam. Hentic. Bover. *Singul.* 2. *n.* 1. Paurmeiſt. 1. *de iuriſdict.* 7. *n.* 30. Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 14.

8) Qui & in loco unde arcetur id retinere poteſt *L.* 27. *§. ult. d. t.* cum ibi Procuratorem habere poſſit *L. Papinianus* 20. *de minor.* P. Greg. 18. *Synt.* 13. *n.* 26.

municeps, *§.* 1. *D. ad municip.* Et relegatum in eo loco, in quem relegatus eſt, interim neceſſarium domicilium [8] habere. *d. L. filii*, *§. relegatus*, *D. eod.* Et hæc quidem unum ſaltem cuique domicilium conſtituunt. Quid ſi quis duobus pluribuſve locis ita ſe inſtruxit, ut ex æquo in his negotiaretur, ageret? Obtinuit ſententia eum, qui id faciat, [9] totidem locis domicilium habere videri. *L. Labeo*, 5. *L. aſſumptio*, ſeq. *§ penult. D. ad municip.* quod & ſuperiori definitioni convenit. Quid, ſi quis proponatur ſedibus patriis eiectus vel bello, vel aliis caſibus, errare cœpiſſe, & ſedes quærere? & generaliter domicilio relicto navigare, vel iter facere quærens, quo ſe conferat, atque ubi conſiſtat? Conſequens eſt ſuperioribus, nuſquam [10] eum domicilium habere: idque ita ſcriptum eſt in *L. eius qui*, *§. Celſus*, *D. ad municip.* proinde & illud conſequens nec quaſi habeat, eum uſquam ſe defendere cogendum; ſed ſicubi cogi volumus, alias cauſſas ad iuriſdictionem ſubeundam quæri oportere.

V. Sed hæc dicta ſunt de iis, qui ex ſua perſona domicilium conſtitutum habent: quorum ideo & habitatio & animus in hac re ſpectandus eſt. Sciendum eſt eſſe, qui ex alterius perſona domicilium habere intelligantur. Quod cum ſit, hic vero ex illo altero iſtorum domicilium æſtimandum eſt. In hoc numero tres habentur iure civili; libertus, ſervus habitus,

Hhhh

Vocant hoc domicilium neceſſarium, uti alterum, quod ſua ſponte quis conſtituit, voluntarium, Monach. *ſupra d. C.* 6. *n.* 9. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de iuriſdict. Cap.* 28. *n.* 12. declarans *n.* 15. hoc obtinere in relegatione perpetua vel ſaltem decennali.

9) *L.* 27. *§.* 2. *eod. Cap. ex parte de foro comp.* Ut ſi per ſemeſtre æſtivum, hic, per hybernum illic habitet Tiraq. *de Nobil. C.* 37. *n.* 131. Gœd. *ad L.* 203. *de V. S. n.* 2. Quod ſi pro maiore parte anni uno loco habitet, ibi ſolum, poſt alios Zang *d. C.* 1. *n.* 35. quod non omnino admittit Pruckm. *Vol.* 1. *Conſ.* 31. *n.* 72. Sed etſi utrobique poſſideat bona, æqualiter habitans: ubi maior pars bonorum, Decian. *Lib.* 4. *Tr. crimin. C.* 16. *n.* 10. Ubi vero plura rei domicilia, electio eſt actoris arg. *L.* 4. *de eo quod cer. lo.* Zanger. *d. C.* 1. *n.* 16 Paurmeiſt 2. *de iuriſdict.* 7. *n.* 31. poſt alios teſtans de communi. Exceptionem ſubdit, niſi agatur de beneficio eccleſiaſtico, ubi iudex beneficii ſolus competens, nec alius adiri poteſt, etiam conſentiente reo ſine illius licentia. *Cap. ſignificaſti* 18. *de foro comp.*

10) Ubi ſi vagabundus ſi reus aut fugitivus detineri & iudicari poteſt, ubicunque reperitur vel ut plurimum verſatur, Zang. *d. C.* 1. *n.* 38. Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 13. Coler. *de Proceſſ. P.* 2. *C.* 1. *n.* 78. *& ſeqq.* Quod reſtringunt niſi ſatiſdare paratus de ſiſtendo ſe & reſpondendo in loco domicilii; Idque Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Cap.* 6. *principali n.* 64. ita admittit ſi certum domicilium aliquando habuerit. Sed Coler. *d. lo. n.* 85. *poſt Panorm. in Cap. fin. de foro comp.* reſtrictionem hanc in dubium merito vocat, maxime vero quando contractus paratam habet executionem, omnino reiicit, quem adi. Poteſt & tunc adiri iudex omnium communis ſeu ſuperior, Gail. 1. *Obſ.* 8. *n.* 33. *& ſeqq.* Vult. *in L. ultim. C. Ubi in rem n.* 23.

bitus, mulier nupta. Liberti, eorumque filii domicilium patroni sequuntur, ut quamvis alibi degant, tamen intelliguntur domicilium habere, ubi patronus habet. *L. filii*. in princip. *D. ad municip.* Servus habitus ex servitutis possessione in libertatem proclamans sequitur domicilium domini. *L. 1. C. ubi cau. stat. ag. deb.* Mulier nupta, ubi ubi habitet, & consistat, semper mariti domicilium, unaque & forum sequitur; neque id tantum quamdiu nupta est, sed 11 & vidua, donec se alii viro iunxerit. *L. filii*, §. *1. D. ad municip. L. ultim. C. de iur. lib.* 10. *L. exigere. D. de ind. L. penultim.* in princip. *D. de iurisd.*

VI. Domicilio constituto redeo ad iuris constitutionem, quam supra posuimus, unumquemque ibi defendi debere, ubi forum suum habet, & iudicis iurisdictioni subiici, ubi domicilium habet, *d. L. heres*, §. *1. §. ult. D. de ind.* Ubi verba eius iuris observanda sunt, & expendendum, quod dicitur, ubi domicilium reus habet, cum scilicet convenitur, non autem antea habuit. Et res ita habet; si alibi reus domicilium habuit, idque alio transtulit prius quam conveniretur, ibi solum conveniri potest, ubi nunc habet, non autem ubi habuit. Nam si propter domicilium quod quis habet, potest alicubi conveniri; sequitur, ut sublato domicilio priore, quod eius mutatione contingit, non possit amplius ob id domicilium usquam conveniri. Denique 12 mutatione status mutari forum, & ad alium iudicem perveniri declaratur. *L. ult. C. de inco. lib.* 10. *L. penult.* in prin. *D. de iurisd.* Quod tamen videri potest negari in *L. 2. C. de iurisd.* ubi hæc verba sunt: *Nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.* Sed hæc verba, *vel tempore contractus habuit*, sic interpretanda sunt, vel tempore contractus ibi interpositi habuit; ut reus eius loci forum sequi debeat, non quia ibi aliquando domicilium habuit, sed quia ibi 13 contraxit. Et constat unumquemque subiici iurisdictioni iudicis in eo loco, in quo contraxit. *d. L. heres*, §. *1. §. ult. de ind.* Sic locum accipiendum ipse adeo locus evincit. Sic enim verba sunt, ut velit non solum in his duobus locis reum conveniri oportere, ubi domicilium habet, vel tempore contractus habuit, sed etiam nominatim in his duobus tantum. Atqui si contractum intelligemus alibi habitum, quam ubi reus domicilium prius habuit, eveniet, ut tribus locis reus conveniri possit, & se in his defendere debeat, ubi domicilium habet, ubi prius habuit, & ubi contraxit. Quod cum sit adversus manifesta verba eius rescripti, repugnant hæc ipsa, & simul loci sententia, quominus illic alium locum contractus accipiamus, quam eum ipsum, ubi & eius domicilium habuit. Hac autem sententia admissa, quæ certissima est, nihil habet contrarii, quod dicitur reum etiam ibi conveniri posse. Potest enim, non quia ibi domicilium habuit, sed quia cum haberet, ibi contraxit. Argumento est, quod re ibi contracta possit eo loco conveniri, etsi illic domicilium non habuisset.

VII. Stet igitur hæc sententia, ibi quemque conveniri posse, conventum ibi defendi debere, ubi domicilium habet, ubi habet, inquam, cum convenitur; non ubi prius habuit si domicilium mutavit. Ius certum, si & reus & actor communiter ambo in eodem territorio domicilium habeant,

11) Add. *supra Lib. 13. C. 11. N. 6.* Et si marito plura fuerunt domicilia, eadem retinet vidua, nisi unum eligat, ibique cum familia habitet, veluti quo dotalitium constitutum habet. Zang *de Except. P. 2. Cap. 1. n. 37.* Exceptio est, nisi luxuriose vivat, Decian. 4. *Tr. crim.* 8. *n.* 4. An vero etiam uxor forum, quod maritus iure speciali habet, sortiatur, vid. Vinc de Franch. *Dec.* 363. Aliquando notant, maritum domicilium uxoris sequi, & ibi forum sortiri, Decian. *d. C* 8. *n.* 5. Zang *d. C.* 1. *n.* 24. *mann der Mann zum Weibe einfreyet* Sed rectius dicemus, opinor, eo quidem casu uxorem non mutare forum, sed servare, ut Deci n. *d. Lib.* 4. *Cap.* 16. *n.* 17. non ideo tamen maritum ex alterius uxoris persona forum sortiri, sed ea sua & facto proprio, dum ibi animum consistendi declarat, & domicilium instituit: alias secus, etsi in patria uxoris commoretur, vid. Georg. de Cabedo *P.* 1, *Decis.* 165.

12) Quare etsi ante contractum matrimonium diversum habuerit forum uxor, eademque ex caussa antiquiori conveniatur, modo lis non ante inchoata fuerit, domicilium posterius mariti forum competens facit, non anterius, arg. a contrario ex *d. L. pen. pr. & L. 9. de ind.* Georg. Acac. Frenkel *Lib. 2 de Prawing. C. 4. n.* 83. Cæterum etsi domicilia habitationis pro arbitrio transferantur, cumque ipsa voluntate moventur *L. 31. ad Munic.* (licet ausa contestatio non sufficiat *L. 20. d. t.*) Domicilium tamen originis, quia naturale, est immutabile iure Romano *L. 6 pr. D. d. t. L. pen C. de Municip.* nec quis renunciare illi, aut se ei eximere potest, respectu honorum & munerum personalium, Zang *d. C. 1. n.* 25. Decian. 4. *Tr crim.* 16 *n.* 19. Vulte. *ad l. 2. Cod de iurisd* ct. *n.* 18. Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 59. Usu tamen Germaniæ communi domicilio translato, ius civitatis patriæ eiusque privilegia & effecta, etiam in muneribus, sublata censentur, Gail. 2. *Obs.* 36. *n.* 7 Vult *d n.* 18. Zang. *d.* 1. *n.* 28.

13) Duar. simen de iuris. *Cap. de Foro comp. f.* 567. Domicilium intelligit, quod vel habet reus, vel tempore contractus habuit Quæ sententia speciem æquitatis præ se fert, maxime si cum DD. ut *infra C.* 14 *N* 6. ponas in loco contractus non aliter tenere conventionem rei, quam si tempore litis intentatæ ibi versetur. Quid enim si quis Lipsiæ ex. gr. contraxerit cum cive Dresdensi, Lubecam postea domicilium transferente? Inique videtur agi cum actore, si litis instituendæ gratia Lubecam ipsi proficiscendum, qui si hoc eventurum scisset, forte non contracturus. Et pro ea argumentum duci potest ex iis quæ *nos supra Cap. 9. N* 16. *vers. nec tantum.* Verum an iuri consona sit ambigo, per ea quæ hic noster.

beant. Sic enim fit, ut ex una & communi caussa eumdem iudicem recte sequantur. At quid, si reus alibi domicilium habeat, alibi actor, & quæratur, uter alterius forum, ideft, domicilium in quo forum suum habet sequi debeat? Et certa hic iuris constitutio est, actorem rei forum & domicilium sequi debere, non reum actoris; neque id solum in civilibus & pecuniariis caussis, sed etiam in criminalibus; & in civilibus non tantum in actionibus in personam, sed etiam in rem. Sententia compluribus locis [14] tradita, ut *L. 2. L. in criminali, C. de iurisd. omn. iud. L. ult. C. ubi in rem act. exc. deb. L. 3. C. ubi caus. stat. agi deb.* Ius ductum ex æquitate naturæ, quæ & regulis iuris confirmata est, qua placet favorabiliores esse reos utpote laborantes, quam actores: proinde & in pari caussa possessorem, id est, reum, potiorem haberi debere. [15] *L. favorabiliores, L. in pari, D. de regul. iur.*

VIII. Et siquidem in hac quæstione constet, uter sit reus, uter actor, res ex hoc iure est expedita. At quid si de eo dubitetur? Danda nimirum fuit opera, ut sicubi esset hæc dubitatio, res certo iure decideretur, sine qua in foro competenti & iurisdictione constituenda longius progredi non liceret: quod in hac parte factum est. Incidit autem hæc dubitatio in duobus generibus iudiciorum, in caussa status, & in duplicibus iudiciis. Caussa status agitur inter servum & dominum, inter libertum & patronum: cum scilicet dominus aliquem servum suum esse dicit; qui servus dicitur, se liberum esse contendit: patronus aliquem dicit libertum suum; libertus contra contendit se ingenuum. Propone in hac caussa, eum qui se dominum dicit, alibi domicilium habere; alibi autem degere eum, qui servus dicitur. Uter alterius domicilium sequetur? Respondebimus videlicet ex superiore iure actorem rei domicilium secuturum. At uter reus? Is enim in hac caussa [16] reus idem, qui possessor, ut fit in iudiciis petitoriis, cum quæritur initio uter actor sit, uter is cum quo agitur. *§. retinendæ, Inst. de act.* At utrum hic possessorem dicemus, cum nulla hic sit res quæ possideatur? Res ergo exposita in hoc argumento sub *tit. C. ubi cau. stat. agi. debe.* In quo est hæc distinctio, ut referat, utrum is qui servus dicitur, in possessione servitutis sit, an in possessione libertatis: & si quidem ex possessione servitutis proclamet in libertatem, eius qui se dominum dicit, domicilium sequatur. *L. 4. C. eod.* sin cum ille ante pro libero se gessisset, ex ea possessione petatur in servitutem, dominus [17] sequatur domicilium id, ubi qui servus dicitur, degit. *L. 3. C. eod.* nisi tamen dolo malo in eam possessionem venerit, puta, si a domino [18] aufugerit. *L. 1. C. eod.* Unde ergo hæc distinctio? ex iure quidem superiore sine dubio: sed tamen ideo in hac specie adhibita potissimum, ut iudicaret, quis in hac caussa esset actor, quis reus, quod alioqui hic incertum erat. Sic enim reperiemus, si quis in possessione servitutis est, & se tamen liberum contendit, eum in hac intentione actorem esse, adversarium servitutis huius velut possessorem, proinde reum. Quod si quis contra in possessione libertatis agat sine dolo malo, eum in hac caussa possessorem esse, eoque & reum: qui autem eum in servitutem

14) *L. 3. pr. de al. iudic. mut. ca. C. cum sit generale 8. C. si clericus 5. de foro comp. C. experientia. 15. Cap. 11. Q. 1.* Atque hic legum solitus ordo *L. 6. §. 4. C. de his qui ad eccles.* iuris ordo non convertendus *d. L. 2. Cod. de iurisdict.* Quanvis enim conventione ab illo recedi queat, cum prorogatur iurisdictio, *ut supra C. 10.* non tamen tunc convertitur, eo quod fiat volente reo, cuius favore ita constitutum est. Vult. *in d. L. 2. n. 7.* Matth. Steph. *1. de iurisdict. 27. n. 15.* Et hæc regula generalis *d. C. 8.* obtinens in petitorio & possessorio, sive ordinarie sive summarie & extraordinarie agatur, Vult. *ad L. ult. Cod. Ubi in rem act. n. 2.* Cuius etsi plures exceptiones proferantur a DD. pleræque tamen eiusmodi, ut regulæ non insint, vid. Vult. *ad d. L. ult. n. 17. & seqq.*

15) *Et LL. similib. adnotatis* a Goth. *ad d. L. 125.* Cuius rationes reddit Aristot. *Problem. Sect. 30. Quæst 13.* (1) Quia in potestate actoris est, an experiri velit, non rei. (2) Gravius periculum reo, qui metu damnationis multa omittere potest, ut accidit graviter commotis. (3) Quia nocentem liberare quam insontem condemnare præstat. Add. Broidæ. *in Supplem. Hist. fori.* Pollet. *Lib. 5. C. 15. p. 518. & seq.* Hinc Athenis una clepsydra actori ad agendum, reo duæ defensionis gratia concedebantur, vid. Ioach. Steph. *Lib. 2. de iurisdict. Iudæ. Græc. &c. Cap. 10. n. 14.* Et apud Romanos lege Pompeia, actori ad caussam dicendam duæ, reo tres horæ datæ, Dio. *Lib. 40. pag. m. 144* Pollet. *Lib. 1. Hist. fori C. 11.* De reorum favore P. Fab. *ad d. L. 125.* Maynard. *Lib. 4. Decis. Tholos.* 80. Alia regula de foro rei, &c. ratio, quod cogi non possit reus, in quem iudici non est imperium. Actor vero volens litigat, Vult. *ad d. L. 2. n. 4.* Adhæc naturæ conveniens, ut quem persequimur in loco, ubi est, quæramus, Vult. *ad L. 5. C. de iurisdict. n. 9.*

16) Ita & Cuiac. *in Par. C. Ubi cau. stat.* Qui petitur in servitutem vel libertinitatem, aut adversus quem in libertatem vel ingenuitatem fit proclamatio. Pournerst. *9. de iurisdict. 8. n. 36.*

17) Etsi enim servus forum non habeat, quod est iuris civilis, tamen qui in possessione libertatis est, interim dum litigat pro libero habetur *L. 24. de lib. cau.* ut Vult. *ad L. 3 & 4. C. Ubi cap. stat. n. 2.*

18) Quod enim ibi antequam fugeret, servus fuerit in possessione servitutis, probant verba *cum tibi serviret*. Edicto namque perpetuo cautum, ut qui dolo in possessione libertatis, simile habeat præiudicium ac si esset in possessione servitutis, *L. eam quæ 31. C. de lib. cau.* ne fuga domino noceat *L. 1. C. de serv. fug.* Vult. *ad d. L. 1. C. Ubi cau. sta. n. 18.* ubi *n. 22.* tradit idem servari in hominibus liberis, iure aliquo mancipatis, ut colonis & censitis, ac quos hodie proprios vocamus.

sutem petir, esse actorem: quod & placuit. *L. liberis*, *§. ult. D. de lib. cau.* quo spectavit superior distinctio. Idem probatum est & in illa caussa, cum quæritur libertus quis sit, an ingenuus adversus eum, qui se patronum dicit. *L. circa*, *D. de prob.*

IX. In duplicibus iudiciis etiam dubitatio maior. Sunt autem hæc; familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. In his omnium inter quos res agitur, par in agendo caussa est: omnes enim pariter actores & rei: dum simul & singuli partem petunt, & pars a singulis petitur. Unde & duplicia dicta, in quibus singuli duplicem personam sustinent, actores & rei. *L. inter*, *§. qui familiæ*, *D. fam. ercisc. L. 2. D. commu. divid.* Hinc igitur dubitatio, si forte unus ex duobus alibi domicilium habeat, uter alterius domicilium sequatur. Quod quidem in hoc genere ut in superiore caussa expediri potest. Illic enim ex quasi possessione eius iuris aut status de quo quæritur, animadverti potuit uter rei controversæ possessor esset, proinde & hoc statui ex re ipsa, uter actor, uter reus. In his autem iudiciis tribus etiam natura ipsa rei & iudicii hoc statui prohibet, cum dicamus in his utrumque re vera actorem esse, utrumque reum. Et tamen neque ius, neque æquitas patitur ne hic quidem aliter ius dici, quam ut actor rei domicilium & iudicem sequatur: cum absurdum sit inter eos quorum pro caussa sit, unum potius quam alterum alterius conditionem sequi. Quomodo igitur hic rem expediunt veteres? Hoc modo, ut fateantur in his iudiciis re vera omnes pariter actores esse & reos: sed id statuant, quo fiat, ut qui solus actor non est, solus tamen pro actore habeatur, atque ita iudicium procedat. Sic igitur definiunt in his iudiciis magis eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset. Quod si ambo ad iudicium provocent, forte rem discernendam. *L. in tribus*, 13. *L.* [19] *sed cum seq. D. de iud. L. 2. §. 1. com. divid.* Recte utrumque. Nam uno ad iudicium provocante etsi uterque aget, tamen æquius est eum magis actorem videri, a quo actionis & litis initium natum est; quo ea res illi, non adversario noceat. Sors autem missa facit, ut quisquis erit eventus, res iniuria careat, cum sors habeat incertum eventum, possitque tam pro uno cadere, quam adversus eum. Et præterea hic necessaria est, si litem procedere volumus.

X. Non dubito, quin in illa definitione Pauli; *Qui appellat, prior agit*, quæ exstat in *L. qui appellat*, 29. *D. de iud.* aliis verbis ea insit sententia, hæc nimirum: ut si quæratur, quis videatur agere, dum hoc constare volumus, quis ut actor debeat adversarii domicilium sequi, quod fit in duplicibus iudiciis: dicendum sit eum agere, id est, actorem videri, qui appellat prior, id est, qui prior interpellat, quique provocat ad iudicium cæteros. Agnoscit Accursius, itemque Bartolus ad eam definitionem, verba non repugnare, quominus ita interpretemur. Sed malunt definitionem accipi de eo qui cum ultro egisset ab initio, postea mutua petitione convenitur ab adversario, quod & cæteri sequuntur. Priorem autem illam interpretationem Bartolus ideo repudiat, quod dicat isto sensu definitionem fore superfluam, quia satis de eo constitutum sit in *L. in tribus*, *eod. tit.* Ego autem non animadverto, non solum quomodo non recte & loco convenienter accipiatur superior definitio, ita, ut dixi: sed etiam quomodo possit aliter accipi. Quod ut constet, sic mecum intellige. Aut enim necessario de eo qui appellat a sententia iudicis, intelligenda est; aut de petitore qui mutua petitione convenitur; aut de eo qui prior ad iudicium provocat in duplicibus iudiciis superioribus. Nihil est quartum, quod verbis conveniat. Atqui de appellante definitio intelligi nullo modo potest. Cum enim appellat quis a sententia iudicis, non duo appellant, unus prior, alter posterior, sed unus tantum: aut si appellant ambo litigantes, appellant simul; & agunt ambo, non unus tantum. Nihilo rectius accipi potest definitio de eo petitore, qui mutua petitione convenitur; quod tamen [20] isti probant. Nam in mutuis istis petitionibus non debuit dici is qui prius agit, appellare prior, sed aperte prior agere; cum & eum priorem agere conveniat inter omnes. Quid autem magis nuga-

19) Quam L. citans iudex Pantagruelinus omnia forte dirimebat, inquit Duar. *ad tit. D. de iudic. Cap. de litigatorib. f.* 158. Quæ forte desiniantur, vid. Gothof. *ad L. ult. pr. C. Com. de leg.*

20) Quibus fere convenit Forcat. *Necyom. Dial.* 68. *n.* 5. *&* 6. ita exponens: Qui prior in ius vocavit & litem instituit, prior auditur agendo, si modo lites & actiones æque principales sint, *auth. & consequenter Cod. de senten. & interloc.* Sic enim appellare est denunciare in iudicio vel extra iudicium (in quo consentit noster) *L.* 15. *§.* 33. *de iniur.* Martial. *Lib.* 7.

Appellas rigida tristis me voce Secundus.

nugatorium, quam dicere in his petitionibus eum qui prior agit, agere? quasi quisquam dubitare possit, an qui agit, non agat; proinde ac si quis dicat, ius est ius, actio est actio; homo est homo. In quibus nihil plane dicitur. Tum autem verum non est, in mutuis petitionibus eum qui prior agit, aut si malumus, qui prior appellat, solum agere, seu solum pro actore esse: quæ tamen superioris definitionis sententia est. Nam in his & qui agit prior, & qui mutuam petitionem regerit, agunt ambo, & pro actoribus ambo habentur. Est enim utriusque distincta & propria petitio. *L.* 1. §. *ult. D. quæ sentent. si appell. resc.* Quibus interpretationibus duabus remotis, restat tertia omnino, quam hic sequamur, ut eum qui appellat prior, intelligamus dici eum qui interpellat prior, & ad iudicium provocat.

XI. Solum hoc quæretur, an quod necessitas sententiæ & rei hic accipere cogit, tale sit, ut verbis & loco conveniat. Sed & loco dubitari non potest, quin superior sententia plane congruat Titulo *D. de iudiciis.* Ubi de iurisdictione constituenda agi constat; seu de eo, ubi quis agere vel conveniri debeat, quæ illius tituli specialis inscriptio est. Indicat autem sententia superior hoc ipsum, ubi & apud quem agi debeat in duplicibus iudiciis, cum in his demonstratur actor, qui sociorum iudicium sequi debeat, similiter ut in *L. in tribus eod. tit.* Verbum autem appellare pro interpellare apud probatos quosque alios auctores & nostros frequens est. Cicero in Quintiana sæpius quam crebro ita usurpat. *Quis tam tui, Sexte, dissimilis,* inquit, *qui cum res ab eo, qui cum contraxisset, recessisset, & ad heredem pervenisset, non heredem cum primum vidisset, certiorem faceret, appellaret?* Et paulo post, eum idem verbum inculcasset sæpius: *si debuisset, Sexte, petisses statim: si non statim, paulo quidem post: si non paulo, at aliquando: sex quidem illis mensibus profecto. Anno vertente sine controversia: anno, & sex mensibus vero, cum tibi quotidie potestas fuisset hominis admonendi, verbum nullum facis, biennio iam confecto fere appellas.* Eodem sensu illud dictum est a Columella *Libro* 1. *Cap.* 7. *Vel optima nomina fieri mala non appellando.* A nostris usurpatur eodem modo ut in *L. fideiussor obligari,* 16. §. *ultim. D. de fidei.* At enim, inquit Bartolus, ista interpretatione sententia superflua futura est, eum eadem posita fuerit in *L. in tribus. eod. titu. de iudic.* Sed non superfluæ sententiæ, quæ diversis verbis ponuntur, licet de eadem re: dum ita ponuntur, ut aliæ ex aliis interpretationem & lucem accipiant, intelligaturque quid in his veteres senserint, quamque in aliis verbis tamen senserint idem. Neque novum est, plures veterum definitiones de eadem re & in eamdem sententiam sub eodem titulo colligi, dum diversis verbis conceptæ consulto ita proponuntur, ut una alterum explicet. Exempla habemus non obscura 21 in *L.* 3. & *LL.* tribus sequentib. item in *L. neque,* & *LL.* 3. sequentib. *D. de legib.* Ubi quæ sententia in primo capite posita erat, eam ipsam in tribus sequentibus repeti reperiemus; sed commutatis verbis ita, ut una aliis lucem adferat: factumque etiam ideo, quia singulorum alii atque alii auctores erant, quorum sententiam in diversis verbis unam esse intelligi nostra intererat.

CAP.

21) Quid quod multoties sententiæ veterum prudentum, sanctionesque Imperatorum in libris Pandectarum & Codice iisdem verbis repetitæ reperiuntur. Nec in diversis tantum titulis, ut ipse observavi, in *L.* 4. *de off. assess.* iunct. *L.* 19. §. *ultim. Locati. L.* 9. *de Senat.* iunct. *L.* 34. §. *ult. de rit. nupt. L.* 13. *Quod met. ca.* iunct. *L. pen. ad L. Iul. de vi privat. L.* 8. *Com. divid.* iunct. *L.* 45. *de acq. do. L.* 5. §. 4. *de O. & A.* iunct. *L. ult. de exer. act. L.* 37. *de iudic.* iunct. *L.* 5. *de vi publ. L.* 55. §. 7. *& seqq. de L.* 3. iunct. *L.* 267. *de V. S. L.* 127. vers. *nulla de V. O.* iunct. *L.* 88. *de R. I. L.* 51. *Cod. de Episc. & cler.* iunct. *L. pen. C. de pact.* & pluribus aliis, quas referre tædiosum. Sed & postea comperi plurima geminationum exempla collegisse Ant. Aug. 1. *Emend.* 7. Theod. Straitman. *Harmon. Tit. utr. iur. p.* 236 *& seqq.* Et per 160. capita geminationes congessisse, Prateium *media iurispr. Lib.* 1. tradit Lopez. *Animad. Cap.* 36. *& ult.* Verum etiam, quod mireris, in eodem titulo, ex eodem auctore, *ut L.* 6. *pr.* iunct. *L.* 18. *de re iud.* quod & notavit Muret. *Obs. iur. C.* 4. *& L.* 24. §. 4. iunct. *L.* 62. *sol. matr.* quod & observavit Hot. 1. *Amic.* 7.

C A P. XIII.

Romam commune domicilium Romanis fuiſſe, ibi ex eo quemlibet, qui ibi inveniretur, conveniri potuiſſe. Exceptos quoſdam, quibus ius revocandi domum datum erat: Hoc beneficium quibus, & quatenus datum.

Roma commune domicilium. Quæ huius tractationis utilitas. I.
Romæ quicunque, licet exterus conveniri potuit. II.
Niſi ius revocandi domum haberet, III.
Tale ius habebant legati; & qui neceſſaria de cauſſa Romam accerſiti. Qui iſti. IV.
Illi ita, niſi in legatione contraxiſſent: iſti, modo ne id Romæ quandocunque feciſſent. V.
Utrique quomodo intelligendi contraxiſſe. VI.
Item alteri quomodo in legatione. VII.
Quæ a ſuperiori conditione exceptio propria legatorum. VIII.
Item qualis & quotuplex communis utriſque. IX.
Beneficio revocandi domum quibus in cauſſis, & quo temperamento uterentur utrique. X.

I. NOn ſolum privatum cuique domicilium eſt, quod in iuriſdictione conſtituenda actorem ſequi oporteat; ſed etiam Romanis commune olim domicilium fuit Roma. Eo placebat, ſi quis exterus eo veuiſſet, ibi eum conveniri potuiſſe, conventum ibi ſe defendere debuiſſe; niſi ius baberet revocandi domum. *L.* 2. *§. omnes*, *L. non alias*, 24. *D. de iudic.* De quo iure cum tam multa exſtent tradita & in tota pene Lege ſecunda, & alibi paſſim ſub *titu. de iudiciis*, *D.* viſum eſt & hoc loco paucis attingere: etſi non ignoro mutato imperio Romano, & illo domicilio orbis Roma, hoc quoque maxima ex parte [1] exoleviſſe. Sed conducet tractatio eo, ut ſi quo in regno, ſi qua in provincia placeret unam urbem [2] caput regni & provinciæ, ac velut commune domicilium couſtituere, ubi liceat ibi inventos convenire: ſciamus hic eſſe ius conſtitutum, quo tum uti poſſumus. Si nihil aliud: at certe utile erit eius iuris ſummam exſtare, ad quam ea quæ a veteribus de hac parte ſcripta ſunt, referantur; vel ut intelligantur aliqua obſcura; vel ne illa nos in reliquis partibus uſitati & ſolemnis iuris impediant, quaſi cum certis locis & certis perſonis communia, non autem & Romæ & perſonarum ibi conventarum propria.

II. Potuerunt ergo, ut cœpi dicere, omnes qui Romæ eſſent, quantunvis exteri, olim Romæ conveuiri. Ius non aliunde, quam quod Roma commune domicilium omnium Romanorum haberetur. Hoc enim eſt, quod dicitur in *L. Roma*. *D. ad municip.* Romam [3] communem noſtram patriam eſſe. Sententia non ſemel uſurpata a Cicerone, ut in *oratione ſecunda contra Rullum*, ubi totidem verbis eamdem ſententiam poſuit: & *lib.* 2. *de legib.* non longe a principio: ubi omnibus municipibus duas eſſe patrias ſcribit: unam naturæ quam & loci vocat, in qua nati ſumus & domicilium habemus; alteram civitatis & Reipublicæ, Romam nimirum intelligens. Ac ne forte Romam patriam ita dici exiſtimes, ut non ideo intelligi debeat commune domicilium. Cornelius Nepos in *vita Pompouii Attici* aperte Romam [4] domicilium orbis terrarum vocat. Hinc ergo,

1) Putant tamen Imol. & Butr. *in C. ult. de foro comp.* hodie in Curia & aula imperiali quemque conveniri poſſe, ſi ibi verſetur, niſi ex neceſſaria cauſſa; ut iure revocandi domum uti poſſit. Et hoc etiam caſu conventum præſtare cogi cautionem iudicio ſiſti de reſpondendo in foro ſuo, ref. Matth. Steph. *d. C.* 28. *n.* 21. & Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *C.* 6. *principali n.* 16. *&* 2. *ſeqq. & ad Rub. extr. de foro comp. n.* 15.

2) Quæ provinciæ caput vocari *L.* 7. *pr. de of. proconſ.* Nec a menſura origo vocis, ut in *C. cleros* 21. *diſt.* ſed ἀπὸ τῆς μητρὸς Ant. Aug. *Lib. ſing. ad Modeſtin. p.* 244. Hinc metropoles provinciæ matres *L.* 1. *C. de metrop.* Beryto *Lib.* 11. urbes matrices *L.* 4. *§. penult. D. de off proconſ.* Quod ex iis cæteræ urbes & oppida ceu coloniæ deductæ haberentur, quodque præcipuæ eſſent, alias, uti matres filias, curent ac defendant. P. Greg. 2. *de Rep.* 1. *n.* 9. Et quia pro parente & vetere patria, agnoſcebatur metropolis dicta Maior patria, Turneb. *in Orat.* 1. *Rull. fol.* 21. *& in Varr. de Ling. Lat. f.* 277. Sic Lutetiam, Francis communem patriam vocant Rebuff. *Privil. Schol.* 77. Amanell *de Claris aquis ſing.* 236 Et iure Hiſpanorum Curia Regis omnibus forum & tribunal, Covar. *Pract. QQ. Cap* 5 *princ.*

3) *L.* 6. *§.* 11. *de excuſ. tut. L. ultim. de interd. & releg.* Cuiac. *ad d. L.* 6 *de excuſ.* Duplex, ait, patria: Propria veluti originalis, & Communis Roma.

4) Ac ut Athenæ. 1. *Dipnoſoph.* 15. τας ἐπιτομὴν οἰκουμένης universi terrarum orbis, ſeu totius habitatæ terræ compendium, quod omnes ibi nationes habitarent, ac in ea omnes civitates commorantes facile intueri liceret, Forner. 1. ſo-

ergo, ut dixi, conveniendi quemque Romæ facultas, tanquam quo in loco domicilium haberet, commune illud quidem, attamen domicilium. Solum hoc inter privatum domicilium, & illud commune interfuit, quod ubi quis privatum domicilium habet, ibi se defendere debere simpliciter dicitur; quo significatur ibi se defendere debere & præsentem, & absentem; ac nisi defendatur, possessionem bonorum & distractionem pati. *L. item*, *§. hec autem*, *D. ex quib. cauſ. maio.* Romæ autem ubi domicilium commune fuit, solum dicitur potuisse quis conveniri, & conventus se ibi defendere debuisse. *L.* 2. *§. omnes*, *§. item si extra*, *D. de iud.* Hoc autem valet, ibi quemque conveniri potuisse, si ibi inveniretur; absentem autem municipem, & qui Romæ privatum domicilium non haberet, non potuisse ex sua civitate Romam evocari. Hæc enim vis est verbi conveniendi. Unde & cum diceretur heres conveniendus, addita est nominatim ab Ulpiano hæc conditio, si ibi inveniretur, in *L. heres*, in pr. *D. eod.* ac de eius verbi significatione diximus paulo ante in iis, qui ex persona alterius conveniuntur.

III. Sed ab hac necessitate Romæ se defendendi ubi conventus esses, quidam eximebantur, quibus ius datum est [5] revocandi rem domum, id est, in eum locum, ubi conventi domus sive privatum domicilium esset.

IV. Eorum duo fuerunt genera: Legati, id est, qui legatione pro civitate sua aut municipio apud Principem aut Senatum Romæ fungebantur. Tum generaliter omnes, si qui necessaria aliqua alia de caussa Romam venissent: quo in numero fuerunt, qui testimonii caussa evocati erant; qui iudicandi caussa accersiti; qui a Principe evocati tutelæ reddendæ gratia; item qui provocarant & provocationis exercendæ caussa Romæ esse [6] cogebantur. Notata hæc genera in *L.* 2. *§. legatos*, *D. de iud.*

V. Sed utrique huic generi revocandi domum potestas data sub conditione: legatis quidem, si non in legatione contraxissent: posterioribus autem, si non contraxissent ibi, ubi conveniebantur, id est, Romæ: ut intelligamus legatos hoc privilegio uti non potuisse, si non ante legationem, sed in legatione contraxissent; cæteros, si contraxissent [7] Romæ: & ex ea caussa legati, & cæteri Romæ convenirentur. Iudicantur dissimiles hæ conditiones in utroque genere in *L.* 2. *§. omnes*, *L. si quis in legatione*, 8. *D. de ind.*

VI. Contraxisse isti intellecti sunt a veteribus, sive proprie contraxissent; sive quasi contraxissent, ut tutela & negotiis gestis; sive quid deliquissent, de quo sequenti capite amplius dicetur. *L. omnem*, *L. non alias*, *§.* 1. *D. de iud.* Et ad hoc postremum recte Baro in *Manualibus* retulit responsum *L. si uxor.* 42. *D.* eod. *Si uxor*, inquit Papinianus, *a legato Romæ diverterit*, *dotis nomine defendendum Romæ virum*, *responsum est.* Quia, inquit Baro, maritus deliquerit, & recte. Etsi enim de eo nihil exprimitur in responso: tamen ex genere actionis satis intelligitur. Repetebat mulier dotem divortio facto. Si iure, ut certe iure petere debuit, si non frustra agere vellet; maritum [8] deliquisse, & uxori suæ caussam præbuisse divortio oportuit. Quoniam

1. *Select.* 13. Hieron. Mag. 4. *Misc. & Var. Lect.* qui hac de caussa communem patriam appellatam sentit, potius quam quod omnes in urbe Romana cives effecti *L.* 17. *de sta. hom.* (ut post Alc. 2. *Disput.* 21. Ant. Aug. *Lib. sing. ad Modestin. pag.* 253. Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 55. qui, Alexandri Magni exemplum in hoc imitatum Antoninum, scribit Nam & is orbem terrarum civitatem communem, castra sua illius civitatis arcem nominabat, Plutar. *in Alex.*) Quæ appellatio illa constitutione Antonini antiquior. Vocatur & patria iuris, Cic. *pro Corn. Balbo.* urbis sacra *L.* 2. *Cod. de naut. fæn.* æterna Tibull. 2. *Eleg.* 5. Ovid 3. *Fast. L.* 1. *Codic. de furt. & suscept. Lib.* 11. *&c.* Coras. *ad L.* 1. *de O. I. n.* 2. Ubi quosvis imperio subiectos conveniendi potestas propter originem & plenitudinem iurisdictionis, Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisdict. Cap.* 1. *n.* 15.

5) DD. vero ius revocandi domum generalius usurpant. Quoties enim quis alibi quam in domicilio conventus, forum declinare potest, dicunt habere ius revocandi. Ut si in domicilio originis conveniatur, posse revocare ad domicilium habitationis, vid. Zang. *P.* 2. *de Except. C.* 1. *n.* 29 *& seqq.* Sic & quando ex lege vel privilegio extra domicilium quis conveniri nequit, dicunt ius revocandi habere. Sicuti quibusdam civitatibus imperialibus hoc datum ut cives non possint extrahi extra urbem, Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de iure revoc. domum in præfat.* Qui & d. *Tit. C.* 1. & in *C. ult. de Foro comp. n.* 10. hoc convenire ius revocandi cum exceptione declinatoria fori, quia ab initio æque opponenda ante litem contestatam: differre, quia non prorsus negatur iurisdictio, sed caussa petitur remitti.

6. Item si ex caussa quasi necessaria seu probabili, religionis puta vel studiorum, post *Gl. comm.* receptam *in d. §.* Covar. *Pract. QQ. C.* 5. *n.* 2. Quod & ad parentes filios studiosos visitantes, itemque nuncios pecunias iisdem deferentes extendit Rebuff. *Privileg. Schol.* 77. Olim tamen ita sit in provincia, quo revocabant, domicilium haberent. Nam si tantum inde oriundi, coram Prætore peregrino conventi sistere se compellebantur. Quo spectat *L.* 109. *de V. S.* si recte Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisd. C.* 6. *n.* 23. *& seq.*

7) Legatus autem domum revocat, non tantum si Romæ, sed etsi alio loco ex contractu ante legationem inito conveniatur. Aliis autem in hac specie ius revocandi non est, vid. Monach. *d. Tit. de iure revoc. domum C.* 2. *n.* 2. Cov. *d. Cap.* 5. *n.* 2. A. Gent. 2. *de Legat.* 16. Suer. *Rep. Lect. Cap.* 17. Confer Fr. le Vaier. *Lib. de Legation. Cap.* 5. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 7. *Cap.* 10. ubi quod de legatis dispositum est iure, ad Commissarios protrahit.

8) Ita post Castr. Monach. *in C. ult. de foro comp. n.* 7. Non igitur hoc speciale ob favorem dotis, ut idem Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de iure revoc. domum Cap.* 3. *n.* 18. Duar. *de iudic. Cap. de foro compet. f.* 159.

niam si culpa uxoris factum esset, mulier dotem amitteret. *L. consensu, C. de repud.* Romæ contraxisse quid sit, omnes intelligunt.

VII. Quid sit contraxisse in legatione, quæritur. Sic definiemus, legatos videri in legatione contraxisse, cum legationis caussa profecti provinciam suam excessissent. Ideo si quid quanvis iam designati legati contraxissent in civitate sua, aut intra provinciam, placebat reos nihilominus privilegio suo Romæ uti posse; quasi re videlicet in legatione non contracta. Contra si extra provinciam suam contraxissent, Romæ potuisse conveniri, quasi & hic re contracta in legatione: quo fiebat, ut dum ita extra provinciam suam contraxissent, nihil referret ad privilegium amittendum, utrum contraxissent Romæ, an in Italia, an in provincia, dummodo non sua. Intelliguntur hæc ex *L.* 2. *§. item si extra, D. de iud.* Ea res dubitationem illam attulit, si forte legati profecti in insula aliqua contraxissent, ecquid viderentur in Italia contraxisse, an in provincia sua. Et res decisa definitione *L. insulæ, D.* de iudic. *Insulæ Italiæ*, inquit Ulpianus, *pars Italiæ sunt:* & cuiusque provinciæ insulæ, pars eius provinciæ. Quorsum hoc? ut sciamus, quo iure haberetur quid contractum a legato in Italia, aut in provincia; eodem iure habendum olim fuisse, si quid legatus in insula aliqua Italiæ, aut provinciæ alicuius contraxisset.

VIII. Ergo in summa supra scriptæ personæ ius revocandi domum amittebant Romæ conventi, si quid aut cæteri Romæ, aut legati in legatione contraxissent. Si quid horum non fecissent, beneficium retinebant. Utrumque suas exceptiones habuit. Nam primum legati ipsi etsi in ipsa urbe Roma contraxissent, tamen placebat eos quibusdam in caussis privilegio illo suo uti posse, quod illis tribus in caussis concessum est. Una species est, si Romæ hereditatem adiissent. Aditione cum legatariis & creditoribus hereditariis quasi contrahi constat, *§. heres, Instit. de oblig. quæ ex quasi contract. nasc. L.* 3. in fin. *D. quibus ex caussis in possess. eat.* Nihilominus placebat si legatus Romæ hereditatem adisset, non competere in eum Romæ actionem hereditariis creditoribus, ac ne legatariis quidem legatum, non satisdationem tantum petentibus: & hoc, non quod non hoc facto legatus contraxisset Romæ, sed nominatim hac addita ratione, ne impediretur legatio. *L. de eo*, 26. *D. de iudic.* Quod sane merito metuendum fuit in hereditate, siquidem ex hac caussa possit legatus conveniri: cum hereditas res sit ut plurimum variis negotiis implicita, & obnoxia multis, cum legatariis tum creditoribus. Indicat autem superior ratio, cæteris personis, quas in altero genere posuimus, si Romæ adissent hereditatem, non idem tributum fuisse. Nam in quibus publicum munus nullum erat, non erat metuendum, ne si ex ea caussa convenirentur, prohiberentur publico munere fungi. Qua caussa cessante, ne in legatis quidem beneficio locus fuit. *L. quid enim*, 27 *D. de iud.*

IX. Altera species est, si legati Romæ cum aliquo agerent. Cum alio agendo omnes hanc obligationem suscipiunt, ut si mutuo conveniuntur, cogantur eodem in loco & apud eundem iudicem excipere actiones. *L. qui non cogitur, D. de iud.* Quod & ipsum valebat adversus legatos qui Romæ agere cœpissent. Sed hoc ita, nisi iniuriam suam persequerentur, vel furtum, vel damnum, quod tunc passi essent. *Alioqui* inquiebat Iulianus, *aut impune contumeliis & damnis afficientur, aut erit in potestate cuiusque pulsando eos subiicere ipsos iurisdictioni*, dum ius suum persequi volent. Hoc in *L.* 2. *§. item si extra, D. de iud.* Quæ ratio cum ad cæteros pertineat, quos Romæ nisi ibi contraxissent, conveniri non posse diximus; intelligendum est etiam ad eos hoc idem ius pertinuisse. Tertia species est, si legatus constituisset in legatione, quod ante legationem debuit. Etsi constituendo contrahitur obligatio de pecunia constituta, *§. de constituta. Inst. de act.* tamen visum est eum, qui id fecisset, non esse cogendum ibi iudicium pati, ubi constituisset. *L. si quis in legatione*, 8. *D. de iud.* Hoc ideo, quod qui constituit; hoc agere intelligitur, ut in constituti obligatione eodem iure sit, quo foret in ipsa obligatione prima, quam constituit. Unde dictum est in constituto caussam & originem pecuniæ constitutæ, non ipsam constituti obligationem prævalere. *L. qui id quod*, 33. in princ. *D. de donat.* Idem ergo dicemus, etsi cæteræ personæ superiores Romæ constituissent, quod ante debuissent in provincia.

X. Ex contrario supra scriptæ personæ omnes in ea caussa fuerunt, ut quanvis neque legati in legatione, neque cæteri Romæ contraxissent; tamen aut beneficio illo suo non uterentur interdum, aut si quando; certe non uterentur nisi cum temperamento. Placebat eos omni-

no

no non uti in uno genere, quoties scilicet ea res ab illis Romæ petebatur, quam statim & sine damno præstare poterant, & debebant: quales sunt stipulationes prætoriæ. Ut, si legatus Romæ universas ædes possideret, & peteretur ab eo damni infecti cautio eo nomine: aut si ibi hereditatem adiisset, & peteretur cautio legatorum nomine: quorum utrumque præstari potest sine ullo damno, & sine ullo impedimento legationis. Nam nisi hæc præstentur, fit tantum missio in possessionem bonorum. Hæc possessio legatis nihil nocet, nec quidquam obstat legationi: hoc in *d. L. de eo.* & *L. sequen. D. de iud.* in cæteris caussis etsi ius erat revocandi domum, id tamen ius temperabatur ad aliquem modum; eratque id temperamentum duplex: vel ut prius Romæ litem contestari cogeretur, qui revocabat domum, vel ut saltem prius caveret iudicio sistendi caussa: quorum prius certis in caussis exigebatur; posterius in omnibus. Et litem prius contestari cogebatur vel legatus, vel cæteri, quæ deinde contestata in provinciam transferretur, non passim, sed in actionibus temporalibus; idque tum cum periculum erat, ne delatione beneficii a legato interposita actionis temporalis dies exiret. Recte placebat sic beneficium revocandi domum superioribus tribuendum esse, ne quo damno ex ea re creditor afficeretur. Principum enim & iuris beneficium est: cuius generis beneficia in cuiusquam iniuriam tribui non solent. *L. nec avus, C. de em. Lib. L. 2. §. si quis a principe, D. ne quid in loc. publ.* Sic interpretandum est, quod Ulpianus scribit in *L. 2. §. penult. D. de iud.* in hæc verba: *In omnibus caussis, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine damno temporali creditorum oportet.* Admonitio est interpellatio creditoris, qua debitorem admonet, & appellat, ut solvat: qualis est conventio creditorum, qui legatos & similes Romæ conveniebant: sic usurpatur hoc verbum ab eodem Ulpiano in *L. si decem eum petiero, D. de verb. obl.* Protelare est differre. *L. 4. in prin. D. de dam. infect. §. ult.* in fin. *Inst. de exc.* Differebatur admonitio & interpellatio superior, cum legati & similes Romæ conventi domum ex privilegio revocabant. Sic enim differebatur actio in id tempus, cum illi domum rediissent. Temporale damnum, quod ex hac dilatione metuitur, existere solet in temporalibus actionibus, cum periculum est, ne si cum legatio in tempore non agatur Romæ, prætereat dies actionis, atque ita actio creditori amittatur. Hoc periculum cum metuebatur, monet Ulpianus non fuisse concedendum superioribus personis revocare domum, nisi hoc omni damno creditori prius amoto. Quomodo ergo id consequebantur veteres, ut superiores personæ uterentur privilegio suo, & nihilominus hoc procederet sine illo temporali damno creditorum? Non sane ut Accursius interpretatur, ut creditore non agente duraret actio, quæ iure non potuit non amitti, cum eius dies exiisset: sed ut agente creditore adversus legatum, prætor re cognita fore, ut nisi occurritur, dies actionis exitura esset, cogeret legatum iudicium accipere, & litem contestari: quo facto quiesceret, & lis contestata in provinciam, domum legati transferretur: hoc sic explicat Paulus in *L. sed etsi restituatur, 28. D. de iud.* Idoneum plane remedium in rem utriusque actoris & rei. Sic enim legato quoad licet, servabatur privilegium suum, dum caussæ actio transferebatur in alium locum, atque aliud tempus: & simul consulebatur creditori litis contestatione, qua fiebat, ut actio iudicio inclusa deinceps perpetuaretur. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut.* In cæteris caussis omnibus superiores personæ Romæ conventæ non aliter revocationem domum obtinebant, quam si prius cavissent se iudicio stituras in provincia, prætore caussa cognita diem statuerit, in quam sisterent. In quo ab his cautio nuda, non etiam satisdatio exigebatur. Hoc in *L. 2. §. sed si dubitetur, D. de iud.* Id autem ita fiebat. Nam legati ipsi Romæ conventi ad prætorem venire debebant, ibi privilegia sua allegaturi. *L. si quis ex aliena, 5. D. de iud.* Hic legati se legatos esse dicebant ac pro personæ suæ privilegio domum revocabant. Concedebat prætor: sed hac lege ut prius caverent se iudicio in provincia 9 stituros in eam diem, intra quam legatione perfecta domum redire possent, de quo ipse prætor caussa cognita statuebat.

r 9) Nuda tamen promissione *d. §. 6.* Ubi verborum: *alioquin compellitur &c.* hic sensus: Qui peregrinatur non facile reperiet fideiussorem. Et ille levius erit iudicium accipere quam invenire qui satisdent. Quare non est cogendus ut quærat fideiussores. Et ita subintelligitur, ibi *magis* vel *potius* ut alibi sæpe, vid. A. Aug. 4. *Emend.* & Duard. *d. loc. f.* 158.

C A P. X I V.

Ubi quisque contraxit, ibi quoque subiici eum iurisdictioni: ibi se quemque defendere debere.

I. PRoxima domicilio subeundæ iurisdictionis caussa est obligatio ibi contracta, ubi agitur. De quo ita ius est, ubi quis contraxit, ibi se si cum eo agatur, unumquemque defendere debere. Ius his verbis traditum in *L.* 1. 2. 3. *D. de reb. auct. iud poss. L. heres*, §. 1. §. *proinde*, *D. de iud.* quo significatur ibi cuiusque iudicis iurisdictionem esse, apud quem eo nomine agitur: proinde & hunc competentem esse iudicem, qualem nunc ostendere instituimus. Sed hic statim ab initio subsistitur. Quid enim habet obligatio alicubi contracta, quod eum qui ibi contraxit, subiiciat eius loci iurisdictioni, hominem alioqui non subiectum ei territorio, quemque recte diximus esse ex aliena iurisdictione? Et duæ res sunt in hac obligatione, quæ contrahentem merito subiiciant eius loci iurisdictioni; conventio, & lex seu natura obligationis cuiusque. Conventio in rebus creditis inter contrahentes non est incerta, qua id agitur, ut quod alicubi contractum est, eodem loco solvatur. Unde & eo loco præstari debere placet etiam ab eo, qui alibi prius conventus & condemnatus esset. *L. argentarium*, §. 1. *D. de iud.* In qua si dubitetur de superiore conventione, licet coniecturam capere ex iure & natura obligationis. Bene enim præcipitur in *L.* 6. *D. de sol.* ex iure sumi id quod agi videtur. Est autem natura hoc & lex obligationis, ut quomodo quidque contractum est, eodem modo & dissolvatur. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. iur.* Cuius regulæ vis est ea, ut qui locus est contrahendæ obligationis, idem esse debeat & dissolvendæ. Quod si id agitur, ut ibi pecunia solvatur, etiam id agi intelligendum est, ut ibi liceat petere & exigere ab invito, sine quo alioqui nulla futura sit solutio. Et quoniam horum utrumque agi intelligitur, sequitur, ut in eo conventio servanda sit, ut pote interposita in continenti, in negotio gerendo, non postea. *L. iurisgentium*, § *quinimmo*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Quod & factum est constituta eo loco actione adversus eum qui ibi contraxit. Eiusque rei caussam sitam esse in conventione vel hinc apparet, quod si quid contractum sit alicubi simpliciter, placet ibi agi posse; sin ita contractum sit, ut alio loco solveretur pecunia, placet ius conventione mutari, & iam loco constituto agi posse quasi re ibi contracta, ut postea dicetur. Sed hæc ratio ad contractus qui proprie ita dicuntur, solum pertinet. Quid ergo dicemus in quasi contractibus, & maleficiis, in quibus etiam ius superius valere volumus? Nempe in his conventione superiore detracta, manet

net lex & conditio obligationis, quam unusquisque se obligando in se suscipit: quam eamdem & ius confirmat, ut ubi quæque obligatio contracta est, ibi & solvi debeat, ut per omnia eodem dissolvatur, modo quo colligata erat secundum regulam iuris. *d. L. nihil tam naturale. D. de regul. iur.* Quod si usquam, maxime in negotiorum alienorum administratione, & in maleficiis servari æquum est: non solum quia obligationis æquitas id postulat; sed etiam quia in iis locis, in quibus negotia gesta, aut maleficia admissa sunt, & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possunt documenta præstari, ut est in ratiociniis publicis ratio reddita in *L. ult.* in fin. *C. ubi de rat. tam pub. quam priv ag. oport.*

II. Ius ergo ita est, ut diximus, & ratio addita ostendit, quam sit recte constitutum. Quid contineat, videamus. Et de sententia eius licet in summa observare, statui hoc iure necessitatem iurisdictionis certo loco subeundæ, & statui sine exceptione; necessitatis autem huius caussas duas, si contractum sit, & contractum eo loco. Ita si quis hoc ius totum plane & sine errore nosse velit, quatuor sunt, quæ hic spectanda & cognoscenda sint: atque hoc ordine: Primum contractus verbo quid hic intelligamus. Secundum, quis sit iste contractus locus, in quo volumus reum defendi: Tertium, quid valeat illud reum ibi defendi debere, & quæ sit ista necessitas. Quartum, sitne hoc ius perpetuum, & in eo si quæ sunt exceptiones, quænam sint.

III. Primum ius constituitur adversus eum reum qui contraxit. Si quidem contractus verbum proprie & usitato loquendi more hic acciperetur, nihil erat quod de verbo amplius moneremus. Nota est enim significatio, qua demonstratur hoc verbo quod sit geritur inter aliquos mutuo consensu, unde obligatio oritur: distinguiturque a quasi contractibus, maleficiis, quasi maleficiis. *L. 1. D. si certum petat*, *§. 1. Instit. de obligat.* Hic autem longe aliter, quæ res ideo & hic animadversionem desiderabat. Placet enim in hac necessitate subeundæ iurisdictionis [1] contrahendi verbo omne factum intelligi debere unde obligatio oritur. Huc enim referri debet illa definitio Pauli, quæ exstat in *L. omnem*, 20. *D.* de iudic. *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ut ubicunque aliquis obligetur, & contrahi videatur, quanvis non ex crediti caussa debeatur.* Ait omnem obligationem; sic accipe omne factum, ex quo obligatio nascitur. Nam obligatio quatenus vinculum iuris significat, neque contractus est, neque pro contractu & facto habetur. Contractus enim caussa est, ex qua obligatio, id est iuris vinculum: obligatio eius caussæ effectus. Natura autem nunquam caussa esse potest effectus, neque effectus caussa. Contractus factum est, seu res facti. *L. consilio*, *§. ultim. D. de curat. furios.* obligatio hinc nata, iuris vinculum, atque adeo ius, res scilicet in iure consistens. *Instit. de reb. corp. & inc.* Ideo, ut dixi, obligationem hic accipi oportet factum obligans, seu factum ex quo obligatio nascitur, ut & in *L. Labeo liber*, *D. de verbor. significat.* cum dicitur contractus esse ultro citroque obligatio, pro eo quod est, factum id, quo ultro citroque obligamur. Iam enim ostendi contractum qui facti est, obligationem, id est, ius seu iuris vinculum esse aut dici non posse. Ait omne hoc factum pro contractu habendum. Non dicit contractum esse; sed pro contractu habendum. Et recte, re vera enim quasi contractus, maleficia; quasi maleficia contractus non sunt; cum in istis nihil geratur duorum consensu, sed aut inter ignorantes, aut inter invitos; nullus autem contractus sit sine consensu & conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Sed possunt ista effectu haberi pro contractu, dum quod de contractu iuris est, placet etiam ad reliqua facta obligatoria pertinere: quod in hac specie fieri Paulus ait. Non sunt ergo contractus, ne quis hic nobis obiiciat eos locos, in quibus contractus dicitur pertinere tantum ad res creditas & conventione constantes, ut *L. 1. D. si cer. pet. L. 1. §. 1. D. de pact. L. non solum*, *D. de oblig. & act.* aut divisionem notam obligationum, qua contractus a superioribus illis generibus secernuntur, *§. ult. Inst. de obl.* sed cum cætera contractus non sint, pro contractibus habenda sunt tamen.

IV. Sed ne hoc quidem verum est ista pro contractu haberi, dixerit aliquis. Nam in ea parte edicti perpetui, quæ fuit de rebus creditis, id est, contractis, contractus non de aliis acceptus est, quam de

[1]) Cuiac. 3. *ad Afric. in L. 3. de Leg.* 1. generali significatione contractus negociorum gestionem quoque venire & delictum, ac Duar. *de Iudic. Cap. de Foro comp. f.* 168. Vult. *in Leg. Cod. Ubi de crim. ag. n.* 5. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 43. Bocerus *ad* C. 23. *de R. I. Cap.* 1. *n.* 2.

iis quæ consensu geruntur, *d. L. 1. si cert. petat.* & divisio obligationum quam dixi, aperte hæc genera ita distinguit, ut nullum pro altero habeatur. Quod & verum est, neque id nunc negamus. Non enim dicimus omnia facta ex quibus sine consensu obligatio oritur, ubique pro contractu haberi, sed pro contractu habenda in hac parte iuris, cum de aliquo ibi conveniendo agitur, ubi contraxit, quæriturque quem hic contraxisse intelligamus. At enim Paulus generaliter loquitur, nec quidquam addidit, ubi vellet omnem obligationem pro contractu haberi. Ita est; sed definitio scripta est convenienter ei loco, quem tractabat, ideo ad institutum Pauli & ad propositam partem accommodanda. Is autem superius illud scripsit interpretans edictum prætoris de iis qui non defenduntur ibi, ubi defendi debent. Inscriptio loci indicat: scripta est enim definitio *libro quinquagesimo octavo ad edictum*, eo libro scripsit ipse ad id edictum, de quo dixi, ut ostendit *L. 6. de reb. auct. iud. poss.* Fuit ergo id edictum, in quo quæri oporteret, ubi se quisque defendere deberet, quod & quæsitum est. Respondent veteres id quod accommodate ad id edictum refertur in *L. 1. 2. 3. D. de reb. auct. iud. poss.* ibi quemque se defendere debere, vel ubi domicilium habet, vel ubi contraxit. Inde rursum ex re ipsa incidebat illa quæstio, quem hic contrahentem, seu quem hic contractum accipere debeamus. Hic subiecta est videlicet illa definitio a Paulo id argumentum tractante, omnem obligationem pro contractu habendam, nempe in hac parte de qua illi sermo erat: ut semper omne responsum putatur ad quæstionem & interrogatum referri, *§. præterea, Inst. de inut. stip.* ut iam si quis alias partes ubi idem non sit, obiiciat, sciri possit nihil ei definitioni obesse. Sed cur in hac parte potius placet quasi contractus & maleficia pro contractu haberi, quam in aliis partibus? Sumptum non ex proprietate verbi, ut satis ostendimus, sed ex iuris de hac re proditi sententia, quia scilicet quæ ratio alicubi subiiceret iurisdictioni eum, qui se ex contractu ibi obligasset, ea contineret etiam cæteros, qui se alio quovis facto ibidem obligassent. Est enim in omnibus eadem vis & lex obligationis, quæ facit, ut ubi ab iis obligatio admissa est, ibi & dissolvi debeat. Sic autem lex omnis accipitur, ut in quibus caussis eadem ratio est, ad eas etiam existimetur mens & sententia legis pertinere, eoque & in his ius idem statui debere. *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Vera ergo definitio Pauli superior.

V. Sed talem esse, caussis obligationum propositis certius intelligetur, si in singulis ius superius nominatim admissum videbimus, quod ita factum esse paucis indicemus. Factorum genera, unde obligatio oritur, sunt illa quæ ante commemoravi quatuor, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Contractus est, si quis, exempli gratia, emat, aut vendat. Hunc quidem constat ibi se defendere debere ubi emit, vendidit, quia sine controversia vere contraxit: traditum in *L. heres, §. proinde, D. de iud.* Sed cognoscamus idem & in generibus cæteris, de quibus potuit esse dubitatio. Quasi contractus est, si quis tutelam aut curam gessit, si quis negotia aliena administravit. *§. 1. §. tutores, Inst. de obl. quæ ex quasi con. nas.* Traditum & [1] hoc de genere, ubi quisque hæc gessit, ibi & rationem administrationis reddere, & eo nomine si cum eo actum fuerit, ibi se defendere debere. *L. heres, §. 1. L. interdum, §. ult. D. de iud. L. 1. L. 2. C. ubi de rat. tam pub. quam priv. ag. opor.* Nec minus & hoc admissum in herede, qui hereditatem adeundo quasi contrahere intelligitur cum legatariis, & hereditariis creditoribus. Sed quoniam prima facie non ita videtur, sed potius quædam in hac specie esse exceptio, certe ea species est, cuius videantur pleraque esse propria, visum est melius de ea separatim dicere, & reiicere in proximum caput. Maleficia nota sunt, damnum, furtum, rapina, iniuria. Hæc qui uspiam admisit, aut si quæ sunt his similia, non minus & de eo traditum est, ibi se eum defendere, & iudicium pati debere ubi admisit. *L. non alias, §. 1. L. si uxor, D. de iud. L. 1. L. 2. C. ubi de crim. agi opor.* Sed sunt quædam huius generis propria in hac conventione. Quamobrem & de eo separatim dicemus. Quæ si in singulis generibus obligationum vel factorum unde obligatio oritur, recte & constanter dicuntur, vera est

1) Item de solutione indebiti, per *L. 27. de cond. ind.* ubi vid. *not.* Gothof. Item de distractu, cuius eadem natura *L. 58. de pact.* Tiraq. *post LL. Connub.* Gl. 5. *n.* 8. Matth. Steph. *Lib. 1. de iurisdict.* 29. *n.* 4. Io. Monach. *Pract. iud. P.* 2. C. 6. *principali n.* 28. Nec refert an agatur ad implementum & servationem contractus, an ad rescissionem ac dissolutionem, per *L.* 14. §. 4. ibi *vel si abesse C. de non num. pec.* Covar. 1. *Var. Resol.* 4. *n.* 1. Coler. *de Process. P.* 2. C. 1. *n.* 18. diss. Bald. *ad L.* 65. *h. t. n.* 2.

est definitio universi generis, quam supra posuimus, quomodocunque quis obligetur, ibi & contrahi videri, ideo & se ibi defendere debere ex superiore iure, ibi iurisdictioni subiici, ibi qui praeest, competentem eius caussae iudicem esse.

VI. Observandum secundo loco in superiore iure agendi locus. Is est, in quo & contractum est: ut sit hic idem agendi locus, qui & contrahendi. Et hic locus suam animadversionem habet, sicut & verbum contrahendi superius. Nam si contrahere est facere aliquid, unde obligatio oritur, consentaneum videbatur locum in quo contractum est, intelligi eum in quo id ipsum factum gestumve est, unde obligatio nascitur. Sed hoc non placuit; omninoque hic veteres locum contractus non ex initio rei gestae, sed ex 3 solutione in quam obligatio collata est, aestimant; nec immerito; utpote ab effectu contractus. Itaque contractum in eo loco definiunt, in quo solvenda est pecunia; seu in quo quisque ut solveret, se obligavit. *L. 3. D. de reb. auct. iud. poss. L. contraxisse, D. de oblig. & act.* ut sit sententia; si quidem cautum non sit, ubi pecunia solveretur, eum locum contractus intelligi debere, in quo 4 res gesta est. Sin quid ita creditum, contractumve sit, ut solveretur certo loco, hunc ipsum accipiendum; eo, inquam, loco contractum videri. Prius positum diserte in *L. heres, §. proinde, D. de iud.* significaturque idem in *L. argentarium, §. 1. eod.* Posterius declaratur exemplo in *d. L. heres, §. ult.* Sed nulla parte certius, quam ea, quae est de eo quod certo loco dari promissum est. In qua ius certum est, quod ita promissum sit, non solum eo loco solvi debere, nec alibi posse invito creditore: *L. pen. D. de eo quod cert. loc* sed etiam ita ibi peti posse, ut nec summo iure possit alibi. Idque ita initio ius fuit, ut declaratur in *L. 1. D. eod. tit.* Coepit quidem postea etiam alibi peti posse inducta utilitatis caussa in eam rem arbitraria actione, ut *ibidem* adiicitur. Unde & illud dubitari coeptum, an possit agi ea actione alio quovis loco: de quo non est huius loci ut dicatur; dicam postea, cum illud quaeram, an iis tantum locis, quae a me proposita sunt ad iurisdictionem iudicantis, possit quis conveniri. Sed tamen hoc semper mansit, eo loco utique peti posse, ubi dari debuit, tanquam re ibi contracta. *d. L. 1. L. 4.* in pr. *de eo quod cer. loc.*

VII. Videndum tamen, ne falsa sit definitio superior in specie debita; propone speciem legatam. Constanter traditur hanc ibi praestari, idest, solvi debere, ubi est. *L. quod legatur, D. de iud. L. cum res,* in pr. *D. de leg. 1.* Conveniebat igitur superiori definitioni, ut & ibi species peti possit, quasi obligatione ab herede ibi contracta. At hoc non ita est, sed quasi re alibi contracta, petitor fideicommissum ibi ubi est maior pars hereditatis. *L. si fideicommissum,* in pr. *D. de iud.* Denique alibi petitur, & alibi dicitur dari debere. *d. L. quod legatur.* Non ergo verum est, ubicunque res & pecunia debita solvenda est, ibi & contractum videri, ut & ibi agi possit, & reus ibi iudicium pati cogatur. Sed & in specie debita legatave valet non minus definitio superior. Res legata ubi est, ibi & solvi debet. Ita est: sed & ibi recte eam peti posse placet ita, ut non debeat praescribi ei, qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit. Hoc in *L. sed etsi suscepit, §. ult.* vers. *si ea res, D. de iud.* At enim peti potest res legata etiam ubi est maior pars hereditatis. Non sunt haec contraria. Peti enim potest duobus locis; quia & videtur res totidem locis contracta; quasi testator voluerit rem praestari alterutro ex his locis pro commodo heredis. Qua de caussa convenietur recte heres, ubi est maior pars hereditatis, quia & potest commodum esse heredi, ibi potius solvere, ubi maiores facultates habet ad praestandum: verumtamen convenietur hac lege, ut si existimabit sibi potius expedire rem praestare ubi est, potestas illi facienda sit ex voluntate testatoris, nisi rem dolo malo alio transtulerit: quo casu vere iam dicitur ibi eum rem praestare debere, quia tum id facere cogitur. Idem etiam recte convenietur, ubi res est, quasi obligatione contracta, ubi res solvi debeat. Sed hic

3) Quanquam Coler. *de Process. P. 2. C. 1. n. 19. & n. 51. & seqq.* forum ex loco destinatae solutionis distinguat a foro contractus, ubi & docet *n. 55.* tunc in loco contractus celebrati non posse conveniri reum nisi ibidem domicilium habeat, &c. Qui vero certo loco solvere promisit, convenitur ibi, non tantum quoad solutionem, sed etiam quoad damna & expensas *C. dilecti*, & ibi Panorm. *de Foro comp. Cap. fin. eod.* Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 29. *n.* 6. An vero tunc alio quocunque loco possit, vid. *infra C. 19. N. 9.*

4) Non vero ubi confectum instrumentum contractus probandi caussa, arg. *L. 39. de O. & A.* nisi placuerit contractum in scriptis fieri, vid. Rob. 1. *Sent.* 4. *Zang. de Except. P. 2. C. 1. n.* 44. Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 18. Confer Tiraq. *de Retr. lig. §. 2. Gl. 1.* Non etiam ubi contractus est confirmatus, si is locus alius, quia confirmatio nihil novi addit, per *L. 8. h. t.* Gail. 2. *Obs.* 1. *n.* 4. Io. Monach. *in Rub. extr. foro comp. n.* 26. Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 21.

hic immotabiliter, quia semper illi commodum est rem ibi præstare, ubi est eius præstandæ copia, ideſt, ubi eſt. Sic fit, ut perpetuum sit, ibi quidque contractum videri, atque ibi agi poſſe, ubi res debita etiam certa ſolvenda eſt. Sed non contra hoc item valet, ut ubi agitur, & recte res debita petitur, ibi & ſolvi debeat. Id enim in ſpecie debita locum non habet, quæ ibi peti poteſt, ubi res geſta eſt; poteſt tamen pro commodo debitoris ibi præſtari, ubi eſt, nisi ipſe eam alio tranſtulerit.

VIII. Adeo autem verum eſt, ubi pecunia accepta eſt, & generaliter ubi obligatio contracta, ibi pecuniam ſolvi debere, & exigi poſſe, ut quanvis forte reus alibi eo nomine conventus & condemnatus ſit, puta in provincia, ubi domicilium habebat; tamen iudicatum facere cogatur, 5 ubi pecuniam accepit; aut ubi aliter contraxit, ſi creditor id poſtulet: quod Papiniani reſponſum eſt in *L. argentarium*, §. 1. *D. de iud.* Cui contrarium non eſt, quod dicitur pecuniam debitam ibi dari debere, ubi petitur. *L. quod legatur*, *D. de iud.* Nam & tum petitur, cum poſtulatur, ut fiat iudicatum. Agitur enim eo nomine iudicati: quæ actio in eam rem prodita eſt. *L. miles*, §. *ult.* *D. de re iud.* Unde eveniet, ut cum iudicatum fiet in eo loco, ubi contractum eſt, etſi poſt rem alibi iudicatam; tamen vere dicturi simus pecuniam ibi ſolvi non ſolum ubi debuit, ſed etiam ubi petitur.

IX. Sequitur quod tertium erat in ſuperiore iure, neceſſitas iuriſdictionis eo loco ſubeundæ, ubi contractum eſt. In quo verba eius iuris obſervanda ſunt. In his illud primum, quod non dicitur reus ibi conveniri debere, ubi contraxit, ſed ibi ſe defendere debere: ut neceſſitas hæc non ad actorem convenientem, ſed ad reum conventum referatur. Et recte. Conveniri enim poteſt quiſque ubi contraxit: ſed non eſt neceſſe creditori id facere. Poteſt enim reus etiam conveniri eo loco, ubi domicilium habet, electione actori tributa, utro ex his agat, eone, ubi domicilium habet, an vero ubi contraxit; non autem reo, utro ex his conveniatur. *L. heres*, §. 1. §. *ultim.* *D. de iudic.* Obſervandum deinde & illud, quod ſimpliciter dicitur reus ibi ſe defendere debere, ubi contraxit, nec quidquam de præſente aut abſente reo adiicitur. Quo declaratur nihil hic referre, ubi ſit reus cum quo ibi agitur, ubi contraxit; ſed ſive ibi inveniatur, ſive 6 abſit quam longiſſime, tamen ibi quæſitum & in ius vocatum ibi quoque ſe defendere debere. Intelligitur hoc idem certius ex eo, quod adverſus eum qui ibi non defendatur, eodem in loco ſtatuitur hæc pœna, ut bona ibi poſſideri patiatur. *d. L. heres*, §. 1. Hanc pœnam conſtat ita conſtitutam adverſus non defenſos, ut valeat adverſus omnes, ſive qui præſentes latitent, ſive qui abſentes per alium non defendantur. *L. 2. D. quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat. L. item*, §. *hæ autem*, *D. ex quib. cauſ. mai.* Iam illud quid valeat reum ſe ibi defendere debere, videamus. Nempe hoc declarat, reum ſe ibi defendere neceſſe habere. Hinc quæſitum, qualem hanc neceſſitatem intelligamus, utrumne præciſam, an aliam.

X. Et refertur ab Accurſio ad *d. L. heres*, §. 1. *de iud.* Ioannis & Azonis ſententia exiſtimantium poſtulante actore reum

5) Vix igitur convenire videtur quod Coler. docet *d. Cap.* 1. *n.* 22. regulariter & quaſi ſemper poſt moram in ſolvendo adhibitam adeundum eſſe pro execurione parata, ſive in res ſive in perſonam debitoria, iudicem domicilii &c.

6) Vulgo tamen Interpretes requirunt, ut tempore inſtituti iudicii, ibi reus reperiatur, vid. Coler. *de Proceſſ. P.* 2. *C.* 1. *n.* 36. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Cap.* 6. *principali n* 28. Paurmeiſt *Lib.* 2. *de Iuriſdict. Cap.* 8. *n.* 96. ubi idem ex omnium, ut ait, conſenſu requiri, etſi in loco contractus pergulam tabernamve habeat, ut ibi conſiſtere dicatur. Vult. *ad* 1. *C. de iuriſd. n.* 27. ubi excipit, niſi eodem loco ſe ſoluturum promiſerit, tunc enim actionem tenere vult, etſi ibi reus non ſit. At inquam regulariter eo ipſo quod contraxit, ibidem ſolutionem promiſit, modo nihil contra expreſſe taciteve convenerit. Et ſi alio loco ſolutioni deſtinato, quam quo res geſta eſt, actio ibi tenet, ſi vel tabernam ibi habeat reus, vel bona poſſideat, etſi lite mota ibi non reperiatur. Coler. *d. C.* 1. *n.* 50. quia eo loco tacite contractum cenſetur, & ut Coler. *n.* 51. ficte. Idem utique erit in loco ubi vere contractum eſt, ſolutione in alium locum non collata. Quanquam forte in effectu conſentit noſtro Coler. dum *ibid. n.* 50. docet non repertum in loco rei geſtæ condemnari non poſſe ut contumacem, quoad effectus perſonam concernentes, excommunicationem, &c. poſſe quoad effectus bona reſpicientes, ubi vid. & Zang. *d. C.* 1. *n.* 63. *&* *n.* 72. Covar. *Pract.* *QQ.* *C.* 10. *n* 4. Matth. Steph. 1. *de iuriſd.* 29. *n* 30. Qui *n.* 34 tradit non aliter in loco contractus conveniri efficaciter, quam ſi vel ibi deprehendatur, vel bona poſſideat. Quod ab iis quæ hic Donellus non abludit. Male vero qui, etſi inveniatur reus, in loco contractus, excipiunt, niſi confeſtim receſſurus, arg. *L.* 19. §. 2. *de iudic* Zang. *d. C.* 1. *n.* 48. *&* *ſeqq.* Nam *d.* §. 2 non requiritur ut tunc non ſit advena quando agitur, quaſi ex ea cauſſa jus ſit revocandi domum, ſed ne tunc fuerit quando contractum eſt. Omnia enim ibi verba præteriti temporis referentia ſe ad tempus negocii geſti, non litis inſtitutæ. Quare ſi tabernam pergulamve habeat, qui contraxit eo loco, actio deinde contra eum tenet, etſi tempore litis intentatæ ibi non ſit. Quod omnino probat *d. L.* 19. *pr.* Nam ſi heres abſens, qui ex perſona defuncti convenitur, ibi defendendus, ubi defunctus contraxit, ſane multo magis ipſe defunctus, ſi viveret ibi etſi abeſſet, lite pulſari poſſet. Abſurdum namque durius quem adſtringi ex perſona alterius quam propria, & heredem deterioris eſſe conditionis defuncto. Ad hæc. Qui ex neceſſaria cauſſa alicubi eſt, pro abſente habetur, quatenus ſcilicet ei expedit, per *L.* 2. §. 3. *de iudic. C. ubi. de dilat.* At qui ex neceſſaria cauſſa (excepta legationis) eſt in loco, quo contraxit, poteſt ibidem conveniri, *d. L.* 2. §. 4. Ergo & ſi plane abſit.

reum qui alibi domicilium habet, debere a magistratu eius loci remitti in eum locum ubi contractum est, ut se ibi defendat. In quo necessitatem præcisam hic accepisse eos apparet. Non putaverunt scilicet vere dici reum se ibi defendere debere, ubi contraxit, nisi cogeretur id facere: nec cogi, nisi in eum locum remitteretur. Id etiam defendebant exemplo criminalium caussarum, in quibus si reus qui alibi est, vocetur in eum locum in quo crimen admisit, placuit eo remittendum esse, ut reus apud iudicem eius loci transigatur: cui rei forma data est a Iustiniano *Novel. ut nulli iud.* 134. *§ si vero quis*. Item exemplo servi qui a domino fugiset: qui si ubi nunc degit, pro libero se gerat, & libertatem sibi vindicet; placet eum eo loco litigare compellendum, ubi dominus domicilium habet, unde fugit; ideoque & remittendum eo a præside provinciæ in qua servus degit. *L. 1. C. ubi cau. stat.* Sed hæc sententia aliis 7) displicuit, & merito. Est enim totum hoc genus remissionis in re pecuniaria inauditum iure civili. Immo vero hoc ipso iure aperte reiicitur. Didicimus enim, quod supra attigi, cum is adversus quem agere volumus, non existit, neque defenditur, hanc esse pœnam constitutam edicto, ut mittamur in possessionem bonorum eius. *d. L. item*; *§. hæc autem, ex quib. cau. maio. L. 2. D. quib. ex cau. in poss. eat.* Quam & ipsam pœnam Ulpianus nominatim posuit adversus eum, qui ubi contraxit, non defenditur, in *d. L. heres, §. 1. de iud.* Et ne forte hanc ita esse putemus, ut esse possit etiam alia: ego didici hanc ita esse adversus non defensos, qui ubicunque sint, ut sit sola, indicat *L. satisque, D. de in ius voc.* Quod si sola, etiam ista alia remissionis pœna tollitur. Et quorsum tandem illa remissio in re pecuniaria plane inepta & inutilis? finge enim eum qui iubetur ire in eum locum, ubi contraxit, non ire. Quid iudex promovebit, nisi eum vinctum, si repugnet, duci iubeat? Et ubi vincula audita in re pecuniaria? Demus iussum ire sua sponte. Tamen hoc ipsum ad id quod volumus, plane sit inutile. Hoc enim agitur, ut reus se ibi defendat, ubi contraxit. Atqui quantumvis in eum locum venerit; poterit tamen cum ibi erit, latitare: neque alia pœna frustrationis eius futura est, quam ea, quæ sine ista remissione futura erat, ut in bona absentis mittat prætor, & si res exigat, iubeat distrahi, *d. L. item, §. hæc autem, D. ex quib. caus. mai.*

XI. Neque vero superiores illi, aut si qui sunt, qui idem senserunt, debuerunt moveri his verbis Ulpiani, quibus ille scribit reum ubi contraxit, ibi se defendere debere. Nam vel ipse locus, in quo id scriptum est, eos movere debebat, necessitatem quidem defendendi sui ibi statui, sed necessitatem cum adiectione, non præcisam aut absolutam. Ait enim Ulpianus: *ibi se debebit defendere: & si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur*. Necessitatem ergo defendendi sui intelligit; sed consequentiæ, sive cum adiectione, nisi velit incidere in pœnam adversus eos qui non defenduntur, constitutam, ut bona possideri patiatur. At recepta est istiusmodi remissio in criminibus: Vel hoc ipsum satis argumenti est non debuisse idem intelligi in re pecuniaria. Alioqui nihil negotii erat in universum constituere, ut qui uspiam se obligavit, remitteretur in eum locum, ut ibi de re contracta ageretur. Nisi forte quod constitutum est de ista remissione in criminibus, idem recipiendum putamus in caussa pecuniaria; quia par caussa sit. Quod longe secus est. Sane enim par est in eo criminum & contractuum conditio, quod in utroque genere geritur id, quod pro contractu habeatur. *L. omnem, D. de iud.* par & in eo, quod ibi quisque se defendere debet, ubi quovis facto se obligavit. Sed in ea transmissione de qua agitur, longe dissimilis, quod in criminibus publice interest exemplum in sontes ibi edi, ubi deliquerunt, ut in criminibus paulo post amplius dicetur. Id autem aliter fieri non potest, quam si reus præsens erit. Nihil simile in privatis caussis: ubi si quis damnatus sit, non persona ipsa vocatur ad pœnam exempli edendi caussa, sed bona eius capiuntur, unde satisfiat iudicatis. *L. 1. C. de exsec. rei iudic.* At enim etiam in caussa privata hoc receptum est, ut si servus qui a domino fugit,

7) Vid. Duar. *de Iudic. Cap. de Foro com. fol.* 168. Covar. *Pract. QQ.* C. 10. *n.* 4. Zang. *d. C.* 1. *n.* 55. Suarzenthal *Lib.* 1. *Pr. iudic. Cap.* 6. *n.* 22. Paurmeist. 2. *de iurisd.* 4. *n.* 101. *&* C. 8. *n.* 97. Matth. Steph. 1. *de iurisdict* 29. *n.* 47. *& seq.* quia sicut de domo sua quis invitus ex caussa civili extrahi non debet, ita nec de civitate vel provincia, Gail. 1 *de Pa. publ.* 16. *n.* 32. ubi excipit, nisi specialiter renunciaverit privilegio fori ex *Gl. comm.* approbata *in L. verbo pro non dato, Si quis in ius voc.* Bart. *ad L.* 19. §. 1. *hoc tit. n.* 1 Covar *d. Cap.* 10. *n.* 5. quam tamen alii communiter reprobant testati sunt, quos refert Vasq 3. *Contr. usu freq.* 52. *n.* 4 etsi ipse eam probet, per *L. pen. Cod. de sacr.* Enim vero admisso hoc casu, non ideo, ut reus criminis, in vinculis remittendus erit, sed compelletur a iudice domicilii remediis competentibus, ut eo vel ipse eat, vel Procuratorem ad litem tractandam mittat, Vasq. *d. loc.*

fugit, de servitute sua domino controversiam faciat, & de ea litigare paratus sit, remittatur in eum locum, unde fugit, atque ibi litigare cogatur. *L. 1. C. ubi cau. stat.* Nihil hoc exemplum ad rem pertinet. Fuit enim hic servus, quem proponimus, actor qui libertatem sibi vindicaret. Non mirum, si de libertate litigare volens [8] remitti debuit in eum locum, ubi vetus eius possessor a quo fugit, domicilium habuit: quoniam actor sequi debet forum rei, nec aliter ad agendum admittitur: idemque & in quovis alio actore observaretur. *L. 2. C de iurisdict. L. 3. C. ubi caus. stat.* Nos de reo agimus, qui si non defendatur in eo loco, ubi convenitur, nihil ideo petit, quod propter rem non defensam ei denegemus. Solum hoc quæritur, ut adversus non defensum consultum esse possit creditori: quod fit iussione in possessionem: de qua dicetur suo loco. Bene igitur, & consentanee iure civili omnis hæc transmissio & ductio rei in eum locum, in quo contractum est, repudiata est iure Pontificio in *C. 1. §. contrahentes, lib. 6.* ut iam minus minusque de auctoritate, & æquitate eius constitutionis possit dubitari.

XII. Quapropter constet iam nobis hæc sententia, unumquemque qui alicubi contraxit, ibi in ius vocatum ibi se defendere debere, atque adeo necesse habere, sive illic inveniatur, sive absit: sed hac lege, non ut si absit, neque defendatur, eo remitti debeat: sed ut bona, quæ ibi habet, patiatur [9] possideri: quæ sola pœna est adversus reos non defensos constituta.

XIII. Quid si reus bona ibi non habebit? Nullæ sunt iure adversus eum iudicis partes, non quod ius deficiat; sed quia nullæ sunt reo facultates, in quas magistratus eius loci iurisdictionem exerceat. Certi iuris est, neminem iudicem mittere posse actorem in possessionem eorum bonorum, quæ eius territorio subiecta non sunt. *L. cum unus, §. is qui, D. de reb. auct. iud. poss.* pertinetque id ad illam sententiam generalem, quæ dictat extra territorium suprave iurisdictionem suam ius dicenti impune non pareri. *L. ult. D. de iurisd.* Sed an non potest magistratus apud quem agitur, decernere absentis bona possideri, quæ sunt alibi, ut magistratus eius loci, in quo ea bona sita sunt, id iudicatum exsequatur; & an non is magistratus id decretum exsequi debebit? Et scriptum est in *d. C. 1. §. consentientes, de for. compet.* recte id decerni, & iudicem eius loci, in quo ea bona sita sunt, decretum exsequi debere. Quod si usquam sequi placet, bene est: non est refragandum. Sin ad potestatem & iurisdictionem cuiusque iudicis revocatur, verendum, [10] ne defendi non possit. Etenim de reo invito loquimur, & qui in eo loco in quo neque domicilium habet, neque contraxit, nolit se subiicere iurisdictioni iudicis, qui ei loco præsit. Quantumvis reus bona ibi habeat, non tamen

8) Nec ibi est remissio vera, quæ fiat a magistratu loci, ubi reperitur fugitivus, magistratui loci unde aufugit. Ut frustraneus sit labor, qui in concilianda *d. L. 1.* cum *L. 1. Cod.* Ubi *quis de curiali &c.* insumitur tum ab aliis, tum a Vult. *ad d. L. 1. Cod. Ubi quis de cur. n. 28. & seqq.*

9) Quomodo autem hic citandus reus, an a iudice loci contractus, an per subsidium iudicis domicilii? Zang. *de Except. P. 2. Cap. 1. n. 64. & seqq.* ita: Si iudex loci contractus superior est iudicis domicilii, sua auctoritate vocabit *L. 33. §. 5.* vers. *verum si Cod. de Ep. & cler. L. 2. C. de off. præf. urb.* quia hic ab illo cumulative iurisdictionem habere creditur, nisi privative sibi concessam doceat. Sin æque inferior per subsidium illius, etsi uterque sint sub eodem superiore, eiusque nomine iurisdictionem exerceant, quia utriusque iurisdictio territorio cohæret, illius finibus inclusa, nisi tamen debitur citantis subditus (ut addit *n. 69.*) Quod si iurisdictionem suo nomine habeant: non aliter quam per subsidium, sive sint sub uno, sive sub diversis principibus. Nec alias citatio reum arctat, aut in contumaciam contra illum procedi potest, ita Zang. add. Covar. *Pract. QQ. Cap. 10. n. 7.*

10) Ita & Paurmeist. 2. *de iurisdict. 4. n. 101.* si hoc ad rationes iuris civilis revocetur, dubium reddi. Et C. 8. n. 97. in foro civili locum non habere. Atqui non videtur iure ignotum, ut sententiam in alio territorio dictam magistratus alterius provinciæ exsequatur *L. 45. §. ult. hoc tit. L. 15. §. 1. de re iud.* Iurisdictio enim una aliam adiuvare debet *L. 8. Cod. de Ep. aud.* Gail. 1. *Obs.* 113. n. 16. & *Obs.* 115. n. 2. Zang. *d. C. 1. n. 73. & seqq.* exceptiones quatuor refert, ubi actio teneat in loco contractus, etsi nec ibi tunc versetur reus, nec bona habeat, ad hunc scilicet effectum. (1) Si malitiose se occulet vel latitet *d. C. 1. §. contrahentes.* (2) Quando in casum morae se ad sistendum personaliter aliquo in loco obligavit. *Cap. ex rescripto,* & ibi *CC. de rursus.* Coler. *de Process. P. 2. C. 2. n. 88.* (3) Quando de reddendis rationibus agitur ex administratione vel publica vel privata tutelæ aut curæ. Ubi enim negocia gesta, rationem reddi oportet *L. 18. §. 1. L. 36. §. 1. L. 45. pr. h. t. tit. C. Ubi de ratiocin. tam publ. &c.* Unde vulgo in actione ratiociniorum remissioni locum esse, Covar. *Pract. QQ. C. 10. n. 4. in f.* Vult. amplius in *L. 1. C. Ubi de ratiocin.* peculiare esse ei actioni ac proprium forum locum gesti negocii adeo, ut in loco domicilii conventus reus ius eo revocandi habeat, etsi uso fori id non obtinere fateatur *n. 9.* Et ratio habetur in *L. ult. C. d. t. in fin.* Quæ cum privatis etiam ratiociniis, in actione negociorum gestorum, mandati, pro socio, conveniat; generaliter hoc etiam de iis, cum Cuiacio *in Par. C. d. t.* intelligit Vult. *in d. L. 1. n. 6.* Quanquam Zang. *d. 1. n. 77.* & Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 29. *n.* 37 hoc restringant ad ea negocia, quæ ad magistratum loci spectant, vel primario si administratio publica, vel secundario in tutela vel cura, arg. *tit. D & C. de Magistrat. conven.* Quam restrictionem nec conceptio generalis tit. C. *Ubi de ratiocin. publ. vel privatis,* nec verba *d. L. 1. sive ex quocunque alio titulo,* nec ratio in verbis extremis *L. 2. & ultim. d. tit.* Nec etiam *L. 36. in fin. L. 45. princ. D. hoc tit.* admittere videntur. Quarta exceptio; si certo loco solvere, ibique respondere iurato promiserit, Zang. *d. C. 1. n. 78.* Covar. *d. C. 10. n. 6.* Matth. Steph. *d. C. 29. n. 40.* Monach. *in Rub. extra de foro comp. n. 23.* Seraphin. de Seraph. *Privileg. iuramentorum* 105. *n. 3.* Quibus aliæ addi possunt ex Covar. *d. Cap.* 10. maxime ea, si privilegio fori renunciatum, ut *supra N. 7. &c.* Secus autem esse si citra renunciationem & iuramentum promiserit sibi responsurum, Covar. *d. C. 10. n. 6. v. undecimo.*

tamen efficiunt, ut propterea subiiciatur iurisdictioni eius loci, nisi de eorum proprietate aut possessione cum eo agatur. Quo iure igitur mittet is iudex actorem in possessionem bonorum absentis & inviti? Quodnam hic ius ei relinquatur ad eam rem, non animadverto. Aut enim volet superius decretum exsequi ex persona eius iudicis qui decrevit, aut ex sua. Non potest ex persona eius qui decrevit, quoniam is decrevit super iurisdictionem suam. Multo minus potest ex sua persona; quoniam mittendo in possessionem bonorum rei, ius dicit. Ius autem dicere adversus eum, quem suæ iurisdictioni subiectum non habet, nulla ratio iuris patitur, ut possit.

XIV. Superest, videamus, quod erat quartum, sitne hoc ius perpetuum, ut ubi quis obligatus est, & contraxit, ibi se defendere debeat. Et generaliter definitum hoc est in *d. L. heres*, §. 1. *D. de iudic.* Unde intelligimus generale ius esse & perpetuum. Et sane in omnibus contractibus, seu in omnibus factis obligatoriis una caussa est, cur qui alicubi contraxit, ibi se defendere debeat, quia se ibi obligavit. *L. omnem*, *D. de iudic.* Quapropter & in omnibus ex una & eadem caussa ius idem esse oportet. *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Una exceptio est ex edicto generali de pactis ad omnes contractus omnesque obligationes pertinens; nisi si convenerit, ne eo loci se reus defenderet. Addita exceptio in *d. L. heres*, §. *proinde*, *de iudic.* Conventio ex edicto superiore ideo servanda, quia placuit omnia pacta ad defensionem aliquam rei comparata, quanvis interposita postea & ex intervallo, parere exceptiones. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact.* *L. in bonæ*, *C. eod.*

XV. Id si in aperta conventione recipitur, etiam recipiendum fuit in tacita; si puta tacite id actum sit, ne reus ibi cogeretur se defendere, ubi contraxit. Valent enim tacitæ conventiones non minus, quam verbis nuncupatæ. *L. 4. D. de pact.* Unde & illud dictum, semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse. *L. 3. D. si cer. pet.* Tertium id quærendum est, ubi id actum, ubi hæc mens & sententia contrahentium esse intelligatur. Et notata est hæc sententia a veteribus in quibusdam caussis; quam & illi coniectura secuti in his ipsis caussis tanquam tacitam conventionem admiserunt. Hinc natæ exceptiones tres, in quibus placet reum non cogi se ibi defendere, ubi contraxit: non alia de caussa, quam quod tacite id actum intelligebatur. Exceptæ igitur personæ duæ certis in caussis, & per se genus unum obligationis. Personæ hæ: mercator advena, & maritus in caussa dotis.

XVI. Mercator advena, qui iter facit, aut præternavigat mox discessurus, si quid aliquo in loco emat, aut vendat; eo nomine obligatus non cogitur se ibi defendere, ubi contraxit. *L. heres*, §. *proinde*, *D. de iud.* Scilicet quia personarum conditio hanc conventionem indocit, quasi id actum sit inter contrahentes. Nam in advena propositum mox discedendi & continuandi iter suum facile declarat, atque adeo denuntiat omnibus qui ab eo emunt, aut ei vendunt, non esse eum hoc animo, ut velit ob hæc facta ibi detineri, & iudicii caussa iter cœptum interrumpere. Qui autem cum eo contrahit conditionem eius non ignorans; quia cum tali contrahit, qualis est, hoc ipso hanc eius conditionem & voluntatem in contrahendo sequi intelligitur: ut de eo responsum est, qui cum filiofamilias sciens contrahit. *L. 3. in pr. D. de sen. Mac.* Sed ut ita non cogatur advena, duo concurrere oportet: quæ summa est eorum, quæ de hac specie tractat Ulpianus in *d. L. heres*, §. *proinde*, *de iud.* Unum, ut sit viator advena, qui sic venit, aut præternavigat, ut confestim sit discessurus, neque [11] quidquam faciat, quo declaret se merces suas illic venum exponere velle. Quod si quo in loco constituit, inquit Ulpianus, non dico iure domicilii; sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit, defendere se eo loci debebit. Alterum est, ut qui ab eo emit, aut ei vendit, sciat advenam esse, & statim inde profecturum: ut solemus nosse eos, qui in navi sunt prætervavigantes: item hospites, qui in aliquod hospitium diverterunt, & se dicunt iter suum peragere. Quod si talem esse igno-

11) Si stationem ibi aut officinam pergulamve (de qua voce vid. Cuiac. 11. *Obs.* 13.) non habuerit vel conduxerit *d.* §. 2. Et ita si creditor eius fidem sequutus sit. Nam si fidem ei non habuerit: ibi conveniri posse, tradunt, ut adversus recessurum arrestum impetrari possit, donec solvat vel satisfaciat, Matth. Steph. 1. *de iurisdict.* 29. *n.* 23. & *seq.* Quamquam detentiones illæ arrestorum moribus potius, quam iuri Romano acceptas, ferendas verius sit, utut P. Bus *ad L. 1. de iudic. n. 6. & 7. ex Nov. 69. Cap.* 1. profluxisse existimet. Nundinis quoque hoc datum est, ut ad eas venientes de debitis alio tempore contractis conveniri nequeant *L. 1. Cod. de Nund.* at de contractis iis ipsis nundinis possunt, Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 52.

ignoravit, qui cum eo contrahebat, nihil proderit advenæ talem fuisse, quominus ubi contraxit, ibi se defendere debeat, & merito: omnis enim hæc exceptio, ne se ibi defendere cogatur, ex consensu est, seu ex eo; quod inter illos actum intelligitur. Non potest autem videri in conditionem personæ consensisse, qui in ea conditione erravit. *L. 2. D. de iud.* Hæc, inquam, Ulpiani sententiæ summa & ratio est, quæ extat in *d. L, heres, §. proinde, D. de iud.*

XVII. Maritus in dote si cum alibi domicilium haberet, alibi dotem accepit, puta in domo mulieris aut patris eius, vel ibi de dote convenit, & instrumentum dotale conscriptum est; in ea caussa habetur, ut non cogatur se ibi defendere, sed solum ubi domicilium habet, si quando dos ab eo repetetur. Hoc idem Ulpianus in *L. exigere, D. de iud.* addidit rationem: *quia in mariti domicilium & ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* Qua ratione non aliud declarat, quam ideo mulierem dotem suam exigere posse, ubi maritus domicilium habet, non etiam ubi dotis obligatio contracta est, quia mulier dotem dando hoc ipsum egit. Idque ita colligit. Constat dotem dari matrimonii cum marito iungendi, aut iuncti tuendi caussa. Est enim dos omnis matrimonii caussa comparata. *L. 3. L. dotis, 7. D. de iur. dot.* Dat ergo mulier dotem, ut mariti matrimonium sequatur. Proinde ut domicilium: quoniam matrimonii conditio hæc est, ut per hanc mulier [12] in domicilium mariti veniat, & id sequatur. *L. penult. D. de iurisdict. L. ult. C. de inco. lib.* 10. Quo facto multo magis id egit, ut domicilium mariti sequerentur res externæ, si quæ ad matrimonium pertinent: quo in numero dos est. *d. L, 3. de iureiur.* Pugnant autem mariti domicilium in dote sequi, & maritum alio vocare, ubi is forte de dote contraxit, Quare mulier dotem dando non obscure id egit, ut ibi solum dotem exigeret, ubi maritus domicilium habet, ubi & ille se defendere cogitur; non etiam ubi instrumentum dotis conscriptum est, aut aliter de dote contractum, si maritus alibi domicilium habuit.

XVIII. Genus unum obligationis exceptum est, *Constitutum*: in quo hoc idem tribuitur constituenti, ne se ibi defendere & iudicium pati cogatur, ubi constituit, sed ibi solum ubi debetur, quod constitutum est. Hoc in persona legati in legatione, puta Romæ constituentis quod in provincia debebatur, responsum est in *L. si quis in legatione, 8. D. de iudic.* Sed nihil hic proprium legati: verum ad omnes qui quid uspiam constituerunt, pertinet. Nam cum teneatur Romæ legatus ob contractum a se in legatione obligationem, qui alias non teneretur: si Romæ constituens quod in provincia debebatur, non tamen tenetur Romæ, necesse est ideo fieri, aut quia constituendo non contrahit, aut quia constitutum habet aliquid proprium, cur qui constituit, non debeat ibi iudicium pati, ubi constituit, etsi maxime ibi contraxerit. Prius dici non potest. Constituendo enim nos obligari constat, & quidem ex consensu. *§. de constituta, Instit. de act.* Quo in genere versantur ii, qui proprie dicuntur contractus. *L. 1. si cert. pet. L. non solum, D. de oblig. & act.* Ut nihil aliud; ipsa certe sola obligatio, seu factum ipsum quo obligamur, in hac parte pro contractu habetur, ut ante diximus. *L. omnem, D. de iud.* Restat igitur alterum, ut sit hic videlicet aliquid proprium constituti, quo fiat, ne qui alicubi constituit, quod alibi debebatur: ibi se defendere debeat, ubi constituit. Quod certe ad omnes constituentes ex æquo pertinet. Quodnam ergo id est? Id quod natura constituti suggerit: ut nimirum in omni constituto non constitui obligationem, sed constituti caussam & originem spectemus, id est, principale debitum, quod constituitur; quo fiet, ut constitutum eius debiti caussam sequatur. Traditum in *L. qui id quod, D. de donat.* Id, inquam, natura constituti, & vis verbi ostendit. Nam constituere debitum, non est novam obligationem inducere dissimilem a priore; sed veterem nova accessione confirmare: ut proinde quale quidque est, quod prius debetur, tale fit & constitutum.

XIX. Sed hic occurrunt loci contrarii duo, ut videtur, quos pauci expediunt, atque adeo nisi si qui me præterierunt, nulli. Loci hi sunt: *d. L. si quis in legatione, 8. D. de iud. & L. eum qui, 5. §. 1. D. de pecu. constit.* In priore ita scriptum est; si legatus in legatione, puta Romæ, constituerit se soluturum, quod ante

12) Quia ipso contractu matrimonii fit mutatio fori, ergo locus is spectatur, in quem fit migratio, Matth. Steph. *d. Cap.* 20. *n.* 58. Cumque uxor viro subiecta eius domicilium sequi cogatur, videtur solutio dotis exigendæ & omnis virtus, qualitas ac effectus eiusdem conferri in locum domicilii mariti. Et alibi is contraxisse tanquam advena censetur, Gomez *in L. Tauri 50. & 3. seqq. n. 50.* add. Robert. *1. Sent. 4.*

ante legationem debuerit, intellige debuerit vel Romæ, & multo magis si debuerit alibi, puta in provincia: non cogi eum ibi iudicinm pati, ubi constituerit, quæ sententia est ea, quam ante posnimus. Contra in *L. 5. §. 1. D. de pec. const.* scriptum est his verbis: *Iulianus legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat* (ergo ante legationem. *L. 2. §. item si extra, D. de iud.*) *putat conveniri debere, quod & verum est.* Varia allata sunt ad hæc concilianda: sed omnia eiusmodi, nisi quæ me fugerint, quæ verbis ipsis locorum satis refellantur. Quid verbis opus est? Non effugimus, quin contrariæ sint hæ sententiæ, si posterius istud Iuliani sic accipimus, quasi legatum Romæ constituentem, quod in provincia contraxerat, putet conveniri debere, & conveniri [13] Romæ, ubi constituit. Sed quid necesse est sic interpretari, cum verba non cogant? Vera, nisi fallor, hæc ratio est & distinctio superiorum locorum. Legatus Romæ in legatione constitnens, quod in provincia eaque ante legationem contraxerat, conveniri debet de pecunia constituta; idest, de pecunia constituta tenetur, & hoc verissimum est. Tenetnr enim re vera: quia nihil probibet, quominus sit utile constitutum: hæc Iuliani sententia est superior. Sed qui ita constituit; non tenetur Romæ, ubi constituit. Id autem est, quod traditur ex Caio in *d. L. 8. de iud.* Si explicatius dicendum est: quæritur apud Iuliannm, an legatus in specie proposita teneatur: apnd Caium, ubi teneatnr. Iulianus simpliciter teneri respondet: Caius non teneri, ubi constituit. Quod qui negat, non negat eum simpliciter teneri. Etsi enim legatus Romæ constituens, quod in provineia debuerat, non tenetur Romæ; tenetur tamen, & agi cum eo potest in provincia. Ubi si non defendatur per procuratorem, mitti in possessionem bonorum eius potest. Dicet aliquis, non fuisse hanc Iuliani sententiam, ut legatum Romæ constituentem, quod in provincia debebatur, vellet simpliciter teneri. Nam quæ caussa esse potuit, cur dubitaretur, an ita teneretur legatus, cum nihil prohiberet eum Romæ contrahere? Et fuit ea dubitationis caussa, quæ subiicitur in *d. L. 5. §. 1.* Nam si legatus non Romæ, sed cum adhuc esset in provincia, constituerit se Romæ soluturum, placet denegari in eum actionem de constituta. Ubi rursum observandum est, denegari actionem simpliciter & in totum, non autem Romæ. Hoc si ita est, merito dubitari potuit, an idem esset, si e converso, cum Romæ esset, constituerit legatus, quod debebatur in provincia. Sed hæc dissimilia sunt, & recte, sive a Iuliano, sive ab Ulpiano distincta. Nam qui legatus eum in provincia esset, constituit se Romæ soluturum, ideo plane non tenetnr, qnia ex eo constituto neutrubi conveniri potest, neque in provincia, neque Romæ. Non utique in provincia, quia non constituir se in provincia soluturum, sed Romæ. Rursum non Romæ, quia cum in provineia, intellige sua, constituerit, constituit ante legationem. Legatus autem de eo, quod ante legationem etiam Romæ contraxit, Romæ conveniri non potest. *L. 2. §. item si extra, D. de iud* Expedita hæc ut mihi videtur, horum locorum explicatio est; quam eum neque verba, neque sententia ullo modo impediant, sed per omnia congruant, nihil est, cur eam non magnopere sequendam putemus. Sunt igitur, ut dixi, superioris iuris extra conventionem apertam exceptiones istæ tres, natæ ex eo, quod in singulis tacite actum videtur, ne reus se ibi defendere cogatur, ubi contraxit.

XX. Quibus detractis non dubitabimus generaliter definire, quæcunque obligatio est, sive ex contractu, sive ex quasi contractu, sive ex maleficio, aut quasi maleficio, ubicunqne se ex his caussis obligavit, ibi etiam eum contraxisse videri, & tanquam qui ibi contraxerit, ibi iure perpetuo se defendere debere. Sed nonnullæ hic sunt, ut ante dixi, dubitationes circa legata & fideicommissa; quæ cnm ex quasi contractu petantur ab herede, tamen alia omnia loca hic constitui videntur, ubi se heres defendere debeat, quam is ubi contraxit. Exsistunt & nonnullæ in criminibns. Quamobrem utrumque genus postulare visum est, ut hoc loco separatim de utroque dicatur, quo explicetur, numquid hic recessum sit a superiore iure; aut si recessum non est, quid sibi velit illa varietas, & diversitas, quæ in speciem in his incurrere videtur.

13) Ut Cuiac. 13. *Obs.* 17. & Bron. 1. *Ass.* 68. qui sic: Si legatus Romæ constituit se Romæ soluturum, quod in provincia contraxit, Romæ convenietur *d. L. 5. §. 1.* Sin in provincia constituit se Romæ soluturum, tempore legationis Romæ conveniri nequit *d. §. 1. v. sed etsi*, alio potest. Quod si Romæ constituit se soluturum simpliciter, non adiecto loco, quod in provincia contraxit, Romæ non convenietur *d. L. 8.* quia principaliter ibi non contraxit & constituti origo inspicienda *L. 33. pr. de Donat.* Aliter Pac. 3. Q. 21. negatione inserta *d. §. 1.* legens *non debere*, quia, ait, si affirmativa lectio, diceretur *posse*, non *debere*.

CAP. XV.

Ubi de legato & fideicommisso agatur; ubi de his iudicis iurisdictio.

De loco, ubi legatum & fideicommissum peti possit, cur separatim tractetur. I.
Fideicommissum peti debere, ubi heres domicilium habet, aut ubi contraxit. II.
Eo loci contraxisse videri debet, ubi praestari fideicommissum testator voluit. III.
Voluntas testatoris, si expressa fuerit, omnino sequenda. IV.
Sin minus: illa verisimilis, quae heredi commodior. V.
Ideo legata certa specie ibi, ubi res est, solutionem eius fieri debere, etsi alibi peti etiam possit. Et quatenus. VI. VII.
Sed incerta re legata, ibi eam peti debere, ubi tota hereditas, aut pars maior exsistit. VIII.
De maiori parte quomodo aestimandum propter aes alienum. IX.
In petitione maiori parti minor praevalet interdum ex voluntatis coniectura. Haec ducitur ex tribus. X.
1. *Ex consensu heredis. Hic quot modis declaretur.* XI.
2. *Ex conditione rei legatae, & quomodo.* XII.
3. *Ex conditione fideicommissarii; & qui talis sit.* XIII.
Rerum summa, & conclusio. XIV.

I. IN legatis & fideicommissis constat heredem earum rerum nomine obligari legatariis & fideicommissariis: obligationem hanc ex quasi contractu esse: heredem enim cum hereditatem adit, contrahere videri, dum scilicet hereditatem adeundo eius onera in se suscipit, earumque rerum praestationem, quas testator praestari voluit. §. *heres*, *Inst. de obl. quae ex quas. cont. nas.* L. 3. in fin. *D. quib. ex cau. in possess. eat.* Erat ergo ex superiore iure, ut heres de legatis & fideicommissis ibi se defendere cogeretur, ubi quasi contraxisset. Et quoniam diximus eum his de rebus quasi contrahere hereditatem adeundo: convenire videbatur, ut de his agi posset, ubi heres hereditatem adiisset, ibique iudicium pati cogeretur. Nunc autem quidvis potius in his, quam superior locus constituitus. In quo augetur difficultas, quod extra eum locum non unus constitutus est, ubi tanquam contracta ibi obligatione, de fideicommisso agi posset cum herede, sed plura & varie: quasi parum esset uno modo mutari ius superius, nisi id fieret pluribus. Nam modo dicitur fideicommissum peti posse, ubi testator voluit: modo ubi est res legata: modo ubi hereditas: alias ubi est maior pars hereditatis: interdum etiam ubi minor. Merito igitur quaeritur his locis, tam aliis, tamque variis constitutis, viderine possit etiam in hoc genere ius superius servari, ut si non servatur, videamus quamobrem: si servatur, saltem hoc ipsum explicetur, quomodo ista varietas ad unam istam regulam videatur posse aptari: quae explicatio merito separatam hanc tractationem desiderabat.

II. Sciamus vero nihil hic novi iuris constitui, sed eadem omnia, quae in caeteris obligationibus & caussis, quae ubique contractae sunt. In caeteris caussis duo loca sunt, ubi qui obligationem contraxit, se defendere cogitur; ubi domicilium habet, & ubi contraxit. *L. heres*, §. 1. §. *ult. D. de iud.* Haec eadem loca, neque alia constituta sunt in persecutione fideicommissi, quoties tamquam ex quasi contractu adversus heredem agitur, nempe tamquam adversus obligatum actione personali. Nam cum de re testatoris legata agitur actione in rem, aliud iuris est; de quo postea. Neque nunc ad contractum, de quo agimus, pertinet. Primum fideicommissum recte ibi petitur, ubi heres domicilium habet, sive illic hereditas est, sive nulla pars hereditatis. *L. si fideicommissum*, §. *ult. D. de iud.* Extra domicilium ibi quoque de fideicommisso cum herede agi potest, ubi de eo cum fideicommissariis obligationem contraxit: neque vero alibi cogitur se defendere.

III. Quod ut intelligatur, meminisse oportet definitionis eius, quam supra esse diximus eius loci, in quod quid contractum est. Ibi unumquemque contraxisse definimus, non ubi negotium gestum est, unde obligatio oritur, sed ubi ex eo negotio pecunia & res debita solvenda est. *L.* 3. *D. de reb. auct. iud. poss. L. contraxisse*, *D. de obl. & act.* Haec eadem definitio in hoc quoque genere nobis servanda est. Quam secuti recte dicemus

etsi

etsi heres hereditatem adeundo quasi contrahit cum legatariis & fideicommissariis; non tamen ibi contrahere intelligi, ubi hereditatem adit, sed ubi ex hereditatis aditione legatum aut fideicommissum præstandum est. Est autem præstandum, ubi [1] testator voluit. Ut enim in contractibus voluntas contrahentium spectanda est de iis, quæ ex contractu præstari oportet: ita in legatis & fideicommissis voluntas testatoris. Hæc est, quæ in testamentis totum facit, ut ita debeatur quidquid ex testamento, prout testator voluit: si quid noluit, non debeatur, nec sit præstandum. *L. ex facto*, *§. rerum*, *D. de her. inst. L. verbis legis*, *D. de verb. sign. L.* 12. in fin. *L. pen. D. de leg.* 1. Hanc voluntatem sequitur, eique se subiicit heres, quisquis hereditatem adit. Ita fit, ut ubi testator fideicommissum præstari voluit, ibi & de fideicommisso contraxisse heres intelligatur. Cui iam consequens est ex superiore iure, ut & ibi conventus appellatusve heres, ibi se defendere debeat, non alibi, si quid ob contractum agatur. Et vere hoc unum constitutum est a veteribus in hoc genere; idque ita factum reperiemus in omnibus istis locis, quæ tam alia, tamque inter se diversa prima ratione videri possunt.

IV. Iam primum hoc constat, si quo in loco voluit testator fideicommissum præstari, eo probato ibi & dandum & petendum esse: neque hic quærendum esse, quæ nam res sit, quæ petatur, incerta an certa, & ubi sit; ac ne illud quidem, utrum eo loco sit hereditas, vel maior pars hereditatis, nec ne. Voluntas enim præstationi legem dedit. *L. si fideicommissum*, in pr. *D. de iud.* Vel hoc maxime declarat, in aperta voluntate testatoris non alio hic nos iure uti, quam illo superiore per omnia. Ideo enim eo loco petitur fideicommissum, quia heres ibi contraxit: & contraxit ideo, quia voluntatem defuncti secutus, ut ibi solveret, se obligavit.

V. Quid si testator de loco ubi præstari vellet, nihil cavit? Proximum fuit, ut in re ex voluntate testatoris pendente id potissimum sequeremur, quod maxime verisimile esset de loco præstationis sensisse testatorem: ut in aliis rebus omnibus ad voluntatem defuncti pertinentibus a veteribus factum videmus. *L. cum proponebatur*, *D. de leg.* 2. *L. pater*, 101. in pr. §. 1. & deinceps, *D. de cond. & dem.* Quod & in hac parte iuris auctores admiserunt. *L. cum res*, 47. in pr. *D. de leg.* 1. *L. sed etsi susceperit*, §. 1. §. 2. *D. de iud.* Sed hoc erat incertum, ubi verisimile esset voluisse testatorem fideicommissum præstari. Ergo in eo explicando versata est veterum opera, idemque & rescripta Imperatorum apertius constituerunt. Summa autem definitionis, ad quam & constitutiones de superioribus locis, & responsa veterum referuntur, hæc est: videri testatorem in re dubia voluisse ibi præstari fideicommissum, ubi heres quam facillime & quam minimo incommodo suo potest præstare: nisi quo alio revocet proclivior coniectura voluntatis. Coniectura hinc ducta, quod dum præstetur quod legatum est, de reliquo in sublevandis, quam in onerandis heredibus faciliores sunt defunctorum voluntates: ut bene de iudicio testatorum erga heredes suos scripsit Papinianus in *L. unum*, 67. §. *si rem*, *D. de leg.* 2. Hinc omnis pendet distinctio veterum de superioribus locis: ut partes divisionis sigillatim expositæ liquido demonstrabunt.

VI. Distinctio [2] hæc est: Interest ad eam

[1]) Obiicit Vult. *ad L. un. C. Ubi fid. pet. n.* 17. ex hac voluntate locum petendi æstimari non debere. Neque enim si hoc loco solvi voluit defunctus, eodem etiam peti voluisse censendus, cum alibi peti, alibi solvi possit. Resp. Sed apparet Donellum hanc voluntatem colligere ex eo quod commodum heredi futurum. Si itaque intersit heredis eo potius loco peti legatum, ubi res est, & ubi præstanda, utique eodem loco etiam agi ubi defunctus voluit.

[2]) Accurs. & DD. *ref.* Vult. *ad d. L. un. n.* 8. distinguunt, ita ut actio personalis intentetur vel in domicilio rei, vel ubi maior pars hereditatis, per *L.* 50. *h. t.* Realis in his etiam locis, & præterea ubi res sita *L.* 38. *§. ult. L.* 52. *§.* 3. *h. t.* Bald. *in L.* 38. *h. t.* Sed de reali actione hic Donellus noster non tractat, sed *infra Cap.* 17. Duar. *ad tit. de iudic. Cap. de Foro comp. circ. med.* Actori electionem tribuit, ut vel in domicilio agat vel loco rei sitæ; ita tamen, ut si maior pars hereditatis, ibi non sit ubi heres convenitur, revocari ad eum locum possit, nisi liqueat testatorem certo loco præstari voluisse. Vult. *ad d. L. un. n.* 18. accusat indiligentiam compositorum, qui hanc quæstionem ita explicatam reliquerint, ac si veteres differentiæ legatorum & fideicommissorum sublatæ non essent. Quare sic statuit *n.* 27. *& seq.* Tractari in *d. L.* 38. tantum de legato vindicationis per *versic. ult.* nec ibi quæstionem esse, ubi peti res debeat, sed ubi solvi. Eam decidi ex genere actionis intentatæ, quæ si personalis, etiam alibi, quam ubi actum est, dari, si videlicet alibi sit, nisi dolose eo translata. Sin realis ubi actum est, quia nec agi alibi potuerit, tempore Licinnii, quam loco rei sitæ, licet postea id antiquatum fuerit. At in *L.* 50 *&* 52. *h. t.* tractari de fideicommisso, de quo olim nec realis, nec personalis actio, sed persequutio, intentanda vel ubi res erat *d. L.* 52. *§ pen.* vel in domicilio heredis *d. L.* 50. *§. ult.* vel ubi maior pars hereditatis *d. L.* 50. *pr.* Ex mente autem Iustiniani, legatis ac fideicommissis exæquatis, putat quo loco actiones de legatis olim institui poterant, eodem hodie posse de fideicommissis, & vicissim: ideoque tria fora hic esse, domicilii, rei sitæ, & hereditatis, electione actori data, non tamen promiscue, sed actionum distinctione servata. Ut in rem agi possit, loco rei sitæ, & præterea etiam hereditatis ac domicilii. In personam vero vel domicilii loco, vel ubi hereditas eiusve maior pars. Quia hic locus (ait *n.* 32.) idem cum loco hereditatis aditæ; ubi enim est hereditas, adiri censetur. Proinde ibi quasi contrahitur, indeque forum. Idem *n.* 38. reprobat Donelli sententiam de re certa actione personali in loco rei sitæ petenda, quia in personali

eam petitionem quam quærimus, utrum res & species eerta legata fit, an vero incerta. Res eerta, ut Stichus, ille bos, pecunia quæ eft in illa area, vinum quod eft in illa cella, frumentum quod eft in illo borreo. *L. plane*, 34. §. *sed si non*, *D. de leg.* 1. Res incerta, ut quantitas, fen quæ pondere, numero, menfurave continentur, puta centum aurel, eentum modii frumenti, deeem dolia vini. *d. L. plane*, §. *sed si pondus*, *de leg.* 1. *L. quod legatur*, *D. de iud.* Si res certa legata fideicommiffa fit, placet ibi dari debere, ubi eft, etiamfi alibi petatur. *L. quod legatur*, *D. de iud. L. eum res*, in pr. *D. de leg.* 1. Nempe ideo, quia ibi eommode præftari poteft ab herede, nbi eft: qui fi alibi eam præftare cogatur, non poffit sine moleftia transferendi & fumptu. Iam autem diximus voluntatem hanc effe folere teftatorum, ut res Ifto modo præftentur fine incommodo heredum. Videamus de petitione, uhi ea inftitui debeat. Et si nobis conftare volumus, fequitur, ut ibi quoque eontraxiffe videatur beres, ubi res eft, de qua agitur; poftquam & ibi folvi debuit. Cui rurfum confequens eft, nt & de fideicommiffo eodem in loeo agi debeat. Num ergo & eodem in loco bæe petitio admiffa eft? Omnino: Idqne ita traditum In *L. sed etsi susceperit*, §. *ult.* verf. *si ea res*, *D. de iud.* nt hic quoque omnia ut voluntati defuncti ita & fuperiori tum definitioni, tum iuri confentanea agnofci poffint.

VII. Sed de petitione diffentire videtur, qnod non uno in loeo de fpecie eerta legata legimus, hanc alibi peti poffe, quam ubi eft: tametsi petita ibi dari debet, ubi eft, nt *L. quod legatur*, *D. de iud. d. L. cum res*, in prin. *D. de leg.* 1. Et ne alinm iftum locum intelligamus eum, ubi heres domicilium habet; etiam rem eertam ibi peti poffe, ubi eft maior pars hereditatis, quanvis res alibi sit, fatis intelligitur ex *d. L. sed etsi susceperit*, §. *ult*, verf. *si ea res*, *de iud.* Si res certa poteft ibi peti, ubi maior bereditatis pars eft, Ideo poteft, quia & teftator ibi peti volnit, neque enim peteretur contra teftatoris voluntatem. Ergo ideo, quia teftator ibi præftari voluit, nt sic videatur ibi ab herede contractum, ac propter contractum, ibi petere liceat. An non igitur hæe eontraria funt, teftatorem voluiffe ibi præftari, & peti, ubi maior hereditatis pars eft, & simul volniffe præftari & peti alibi? Non funt. Nam teftator qui beredi in loco præftandi legati eonfultum voluit, quemadmodum voluit fpeciem legatam præftari, ubi eft pro commodo heredis; ita voluit & ibi, ubi eft hereditas, aut maior pars hereditatis, si heres exiftimet ibi fe maiorem præftandi facultatem habere, quia ibi plus poffidet. Hac de eauffa etiam de fpecie certa legata illic agi potuit: fed ea lege, ut si beres exiftimet fe facilius præftare poffe, ubi eft, non 3 alibi præftare eogatur ex eadem volnntate teftatoris, nec de ea re alibi litigare eogatur. Quod tamen dicimus rem certam legatam ibi dari debere & peti poffe, ubi eft: sic accipiendum eft, nisi dolo malo translata sit alio ab herede. Quo eafu placet. ibi dandam, uhi petitur. *d. L. quod legatur*, *de iud. d. L. cum res*, in pr. *de legib.* 1. Dolus enim facit, ut perinde habeatur, quasi res eodem in loco effet, in quo prius. *L. dolo L. partem*, *D. de reg. iur.* Et qnoniam non eft, res eo redit, nt heres doli nomine in æftimationem rei, quæ nufquam eft, condemnari debeat. Quæ ratio indicatur in *d. L. cum res*.

VIII. Quod fi res ineerta legata erit, ita funt conftitntiones, ut quoniam res nnllo eerto in loco eft, fideicommiffum ibi peti oporteat, ubi relicta hereditas eft, fi qnidem uno In loeo fit tota. *L. unic. C. ubi fid. pet. op.* Si in diverfis, ut ibi peti debeat, nbi eft maior pars hereditatis. *L. si fideicommissum*, in pr. *D. de iud.* Quorum utrumque ex eadem conieclura voluntatis natum & eonftitutum effe apparet. Nempe his locis fideicommiffum præftari voluit teftator: & voluiffe inde intelligimus, quia in bis faeilius

fonali actione non res fpectatur, fed perfona obligata. Variationemque eius arguit, qui *d. L.* 52. §. 3. modo accipiat de actione perfonali, ut hie, modo de reali, ut *infra C.* 17. (in quo Donello iniuriam facit) cum ex mente quidem Ulpiani neutra intelligenda fit, fed perfequutio extraordinaria. Hæc fententia Vultei paucioribus expreffa. Quam pluribus examinare fuperfedeo, lectori iudicium relinquens. Ofcitantia compilatores iufte hic argui mihi vix probabile eft. Satifque fere expedite in hac quæftione fe explicare nofter videtur. Sane Hotom. 3. *Obf.* 7. accipit *L.* 50. *pr. h. t. & d. L. un. C. Ubi fid. pet.* de fideicommiffo univerfali, quod folum loco hereditatis peti debere fentit, reliquas vero leges de particulari. Atqui ex coniunct LL. apparet de eodem fideicommiffo loqui *d. L.* 50. de quo fermo eft, in *L.* 52. quæ ex eodem libro, &c. Zoanet. *Rer. Quotid. Cap.* 15. ita demum in loco maioris partis hereditatis conveniri heredem, fi & ibi reperiatur. Quod confequens eft illi vulgatæ DD. opinioni, de qua *C. prae. Not.* 6.

3) Quare in domicilio conventus poterit revocare ad locum maioris partis hereditatis, & viciffim hic conventus ad locum domicilii, ut probat *L.* 50. *pr. iunct.* §. *ult. hoc tit.* itemque *L.* 52. §. 3. *hoc tit.* ubi, quia quando loco rei fitæ agitur, revocatio negatur, eo ipfo fi alio loco ageretur, puta domicilii, præfcriptionem audiri innuitur. Quocirca hoc cafu, contra quam alias *infra C.* 19. electio non erit actoris, ut Vult. *cou N. praeced.* fed rei, &c.

lius potuit rem expedire, heres in quibus plus habuit, unde solveret. Unde tanquam obligatione his in locis contracta, secundum ius perpetuum ibi rem peti oportuit.

IX. Maior pars hereditatis ubi sit, interdum propter ius alienum quæritur. Sic definiemus, ibi maiorem partem hereditatis esse intelligi, ubi plus est bonorum hereditariorum nullo ære alieno detracto, quanvis ibi contractum fuerit; nisi ad id præstandum destinata sint eius loci bona, quæ summa est *L. si fideicommissum*, §. 1. *D. de iud.* Id sic explicandum est: Defuncti hereditas duobus in locis fuit, Antuerpiæ & Coloniæ: illic bona ad tria millia, hic ad duo millia. Sed Antuerpiæ æs alienum contraxerat testator ad duo millia; ut si his deductis bona eius loci æstimentur, superfutura sint tantum mille, proinde & illic hereditatis pars minor. Quæritur, utro in loco velimus maiorem partem esse hereditatis. Dicemus Antuerpiæ, ubi plus est rerum hereditariarum. Nihil ad rem pertinere æs alienum ibi contractum. Non enim si ibi contractum est, ideo est æs alienum illius loci, sed totius patrimonii. Eleganter Ulpianus; *æs alienum*, inquit, *totius patrimonii minuit, non certi loci facultates*. Hoc in *d. L. si fideicommissum*, §. 1. *de iud.* Plane si æs alienum ita sit constitutum, ut ad id præstandum certi loci prædia destinata sint, ex quibus solis id præstari debeat: puta, si destinata sint alimentis præstandis, vel tributis, vel aliis oneribus publice privatimve a domino impositis; scribit *ibidem* Ulpianus præscriptionem locum habere, quasi non hic ubi plus est rerum hereditariarum, sed alibi maior sit pars hereditatis. Et hoc sentit videlicet, his oneribus detractis æstimandas res his oneribus præstandis destinatas; ut si oneribus deductis reperiatur in eo loco, ubi res sunt, minor pars hereditatis esse, ibi & minorem partem esse, iudicari debeat, quo ad alium locum, ubi maior pars est, revocetur. Et merito: sic enim onera esse incipiunt propria earum rerum quibus sunt imposita, non iam totius patrimonii.

X. Hæc de loco ubi est maior pars hereditatis hactenus vera sunt, nisi ad eum locum ubi minor pars est, revocet eadem voluntas testatoris id agentis, ut ibi præstetur, eoque & petatur fideicommissum pro commodo legatarii. In quo rursum commutata voluntas loco & petitioni legem dabit. Ac colligitur in eo mens testatoris tribus his ex rebus: alias ex consensu heredis; interdum ex genere rei legatæ; nonnunquam ex conditione fideicommissarii.

XI. Ex consensu heredis; si quo modo declaravit se consentire, ut ibi fideicommissum daretur, ubi præscriptione tutus non cogebatur iudicium suscipere: id est, ubi est minor pars hereditatis. Placetque videri heredem consentire in eam rem tribus modis. Uno, qui dubitationem non habet, si aperte consenserit. Altero, si ibi cœperit fideicommissum solvere. Tertio, si ibi suscepit actionem fideicommissi, & aliis defensionibus usus, eam præscriptionem, qua uti, & alio revocare poterat, omisit, totidemque modis accidit, ut existimetur heres amissa superiore præscriptione, etiam ibi de fideicommisso iudicium pati debere, ubi minor hereditatis pars est. Hæc in *L. si fideicommissum*, in fin. *L. quanvis*. *L. sed etsi susceperit*, in princ. *D. de iud.* In quibus illud dubitationem habet, quod dicimus de consensu, si consenserit heres, ut ibi petatur aut solvatur fideicommissum, ubi minor pars est hereditatis, ibi se de fideicommisso defendere debere, qui prius sine consensu non cogebatur. Hic non temere contrariam esse quis existimet *L. si convenerit*, *D. de iurisdict.* ubi hæc sententia est, conventione extraiudiciali effici non posse, ut qui alicubi conveniri iure non poterat, ibi cum eo iudicio agi possit, si priusquam ad iudicem veniretur, voluntatem mutaverit. Sed nihil hic contrarium. Quod enim heres post consensum cogitur se ibi defendere, ubi est minor pars hereditatis, non fit sane sine eius consensu: veruntamen, ut ita cogatur, non efficitur ea conventione, sed voluntate testatoris hunc consensum confirmante, ac propter testatoris voluntatem iure. Hæc namque voluntas facit, ut dum ibi conveniatur heres, recte dicatur conveniri in eo loco, ubi pecunia ex voluntate defuncti solvenda fuit; ac proinde ubi contractum est. Id autem ius confirmat. Porro esse & hoc ex defuncti voluntate, sic potest intelligi. Est enim primum in iudicio & sensu testatoris, ut præstetur ibi fideicommissum, ubi commodum est heredi, nempe ubi est hereditas, aut maior pars hereditatis, si modo hoc heres velit. Proximum, ut si non est incommodum heredi, ibi præstetur, ubi expedit fideicommissario, cui secundum heredem testator consultum voluit.

XII. Ex genere rei legatæ intelligitur eadem voluntas testatoris, si pecunia legata est ad eam rem emendam parandamve,

ve, quæ ſolum recte eo loco præſtatur, ubi eſt minor pars hereditatis. Quam ad rem utitur Ulpianus hoc exemplo in *L. ſed etſi ſuſcepit*, §. 1. *D. de iud.* Teſtator libertis ſuis teſſeras frumentarias emi voluit. Dicendum eſt, inquit, quanvis maior pars hereditatis in provincia ſit, tamen Romæ debere fideicommiſſum ſolvi: cum appareat id teſtatorem ſenſiſſe ex genere comparationis. Recte ex genere comparationis. Nam & frumentum e publico ſolum concedebatur Romæ civibus, & ius percipiendi ſolum per teſſeras, quæ diſtribuebantur iis, qui accepturi erant, ſignificabantque, quibus & quantum frumenti liceret petere: quibus deinde exhibitis apud eos qui frumentum publicum dividebant, tantum frumenti accipiebant cives, quantum teſſeræ indicabant. Sed & hæ teſſeræ accipiebantur tantum Romæ. Percipiebantur enim a præfecto annonæ: atque is tantum erat. Teſtis Iuſtinianus in *Novel. de depoſito*, 88. §. 1. Erant autem hæ teſſeræ exigua fragmenta vel chartæ, vel ligni, vel plumbi certa nota impreſſa, quæ ſymbolum contineret iudicum eius facultatis, ad quam demonſtrandam teſſeræ erant deſtinatæ. Ex his apparet ſolum Romæ teſſeras ſumi potuiſſe ad frumentationem. Quod autem Ulpianus de his emendis teſtatorem caviſſe proponit, ſignificat eas teſſeras etiam vendi, & ad alium transferri potuiſſe ab his, quibus pro beneficio datæ erant: ut ad quos illæ perveniſſent, hi uti poſſent eodem iure frumentationis. Huic loco magnam in primis lucem attulit erudita & diligens commentatio Lipſii noſtri, quæ de frumentatione apud Romanos, & rebus ad eam hiſtoriam pertinentibus, & in hac de ipſis teſſeris frumentariis 4 exſtat *lib.* 1. *Electorum*, *Cap.* 8.

XIII. Ex conditione fideicommiſſarii eamdem voluntatem coniicimus, ſi qua ſumma legata ſit ei, qui propter munus publicum & dignitatem quam ſuſtinet, conſiſtere cogatur eo loco, ubi defunctus reliquit minorem partem hereditatis, & ibi tantum ſit, quantum ſufficiat ad legatum præſtandum: veluti, ſi legatum eſſet olim Romæ ſenatori. Et de hoc ita ſentit Ulpianus, licet maior pars totius patrimonii in provincia ſit, dici oportet Romæ eſſe præſtandum: hoc in *d. L. ſed etſi ſuſcepit*, §. *ult.* de iud. *Nec enim veriſimile eſt*, inquit, *teſtatorem qui honorem habitum voluit his quibus reliquit, tam modica fideicommiſſa in provincia præſtari voluiſſe*. Prohibet honos muneris, ne cogamur moveri loco tam procul ad perſequenda modica fideicommiſſa, quæ nullo negotio his præſtari poterant, ubi degebant.

XIV. Quæ cum ita ſint, apparet congruere per omnia eam ſententiam quam ſupra poſuimus, cuius hæc eſt ſumma; de legatis & fideicommiſſis ſiquidem extra domicilium heredis agitur, ſolum recte agit, ubi de his rebus heres obligationem contraxit. Sed contraxiſſe eum intelligi, non ubi adivit hereditatem, ſed ubi teſtator fideicommiſſum præſtari voluit. Hoc ſi certum ſit, ſine hæſitatione ſequendum eſſe. Si incertum, explicandum fuiſſe, in quo fuit veterum labor. Videri autem teſtatorem in re dubia voluiſſe fideicommiſſum ibi præſtari, ubi quam commodiſſime ab herede præſtari poteſt. Ex quo illa, & quæ de ſpecie præſtanda ubi eſt; & quæ de pecunia ac re incerta ſolvenda, ubi eſt maior pars hereditatis, diximus. Et hoc tamen ita, niſi quæ coniecturæ voluntatis alio revocent, ut potius videatur teſtator in eo loco, ubi eſt minor pars hereditatis, legatario præſtitum eique conſultum voluiſſe: quod quibus in cauſſis accidat, modo diximus. Hinc illa varietas locorum, quibus fideicommiſſum præſtari & peti debere placet. Sed ita varietas, ſi ipſa per ſe loca ſpectentur, non ſi cauſſa petendi. Quæ ſi ſpectatur, in omnibus una eſt voluntas teſtatoris. Unde evenit, ut & in univerſa hac petitione ſemper efficiatur locus unus ubi contractum ſit: nempe is, de quo pro circumſtantiis ſenſiſſe teſtator probatur.

CAP.

4) Vide Sueton. *in Nerone* C. 11. Turneb. 19. *Adverſ.* 26. Robert. 3. *Sent.* 26. S. *ult.* Scip. Gentil. *de Alim. Cap.* 14. Marc. Vertran. Maur. *de Iure lib. Cap.* 16.

C A P. XVI.

Ubi de maleficiis & criminibus agi oporteat.

Obligatus crimine iisdem locis defendi debet accusatus, quibus ex civili caussa obligatus. I.

Reus tamen criminis ibi accusari, damnari, & puniri potest, ubicumque reperitur. II. IV.

Contraria Accursii & aliorum opinio refellitur. III. V.

Quæ sit caussa ita de reo statuendi. VI.

Si reus absit, Magistratu loci, in quo crimen admissum, desiderante, ad eum remitti debet; & quatenus. VII.

Etiam si fuerit accusatus apud alium Magistratum, & ab illo damnatus. VIII.

Quando reus ab iudice loci, in quo deliquit, auditus remittatur ad iudicem domicilii; & quatenus. IX.

I. QUæ contractuum & reliquarum obligationum caussa est, cum de reo alicubi conveniendo agitur; eadem est per omnia & maleficiorum, si in his [1] civiliter agitur, id est de privato damno, & pecunia, quam inde debitam actor prosequatur. In criminibus caussa nonnihil dissimilis. In criminibus, id est, in maleficiis quidem, sed in his quatenus vocantur in crimen; seu quatenus de his agitur criminaliter ad pœnam & vindictam criminis. Et in summa caussa nonnihil dissimilis in accusationibus maleficiorum, non in privatis maleficiorum actionibus. Hoc convenit cum actionibus privatis, quod quibus in locis conveniri potest ex obligatione privata is, qui contraxit, quibusque in locis subiicitur iurisdictioni magistratus: iisdem in locis & accusatus criminis se defendere cogitur tanquam qui delicto contracto se eo nomine Reipublicæ obligarit. *L.* 1. *D. de legib.* Diximus, si cum volente reo agatur, in consentientem reum qui se iurisdictioni subiiciat, consensus iudicia iurisdictionem fore. *L.* 1. *D. de iud.* Sin agatur adversus invitum, diximus invitum quemque duobus locis conveniri posse, appellatum ibi se defendere debere, ubi domicilium habet, & ubi contraxit. *L. heres*, §. 1. §. *ult. D. de iud.* Servantur hæc eadem loca & in criminibus, atque accusationibus, etiam si publicum crimen in his versetur. Primum si quis aliquo in loco accusatus absens, eum defugere posset iurisdictionem, ultro illic cœperit agere, seque defendere; placet illic in [2] consentientem esse iurisdictionem, ibique eum ad

1) Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi de crim. n.* 4. *&* 5. ideo de persecutione civili nihil agi, scribit, *in ri. C. Ubi de crim.* quod ibi eadem regula sit de foro domicilii & contractus, qui generaliter delictum continet, Paurmeist. 2. *de iurisdict.* 4. *n.* 104. *&* C. 8. n. 105. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 79. qui bene hoc declarat, ut tamen in delictis privatis distinctioni illi, quæ in contractibus obtinet, num advena sit & viator qui deliquit, locus non sit.

2) Sic vulgo tradunt iurisdictionem etiam in criminalibus, seu caussis meri imperii prorogari posse, modo tamen is iudex alias & inter suos subditos de illis caussis cognoscere possit, Bart. *ad L.* 1. *de iudic. n.* 9. Quæ sententia quasi communis Gail. 2. *de Pa. publ.* 12. *n.* 10. Decian. 4. *Tr. crim.* 23. *n.* 2. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 30. veritati theoricæ non convenit, ut recte Vult. *ad L.* 1. *Cod. de iurisdict. n.* 80. *& n.* 135. *& ad L.* 1. *C. Ubi de crim. agi n.* 30. Bocer. *de iurisdict. C.* 7. *n.* 23. Matth. Steph. 1. *de iurisdict.* 18. *n.* 56. *&* C. 24. *n.* 3. P. Theodoric. *Disp. crim.* 3. *Th.* 2. *lit. B.* Quia criminalis iurisdictio, quam vocant, & merum imperium solum speciali concessione legis competunt, *supra C.* 8. *N.* 36. nec magistratus proprium est, sed legis, nec quisquam amplius in eo habet, quam ei tributum, nec verum illius prorogationis vestigium ullibi exstat. Denique quæ mandari nequeunt, nec prorogari; ne privatis concessum sit, quod non est magistratibus, ad *d. L.* 1. verbis *ubi inchoata*. Resp. Vultei. *ibid. n.* 32. ea accipienda esse de iudice competente, coram quo si accusatio ita instituta, ut lis sit contestata, tunc reum non amplius habere ius impetrandi rescriptum a principe, quo caussa ad cognitionem principis evocetur. Deinde *n.* 33. Resp. Cum remissio fieri debeat, ita eam faciendam per dicta verba innui, modo lis nondum contestata sit, re adhuc integra. Postea enim iudicii acceptione quasi contractum esse. Neutra responsio convenit. Prior namque dura nimis & inconveniens, posterior iuri non consonat, quo remissioni locus est etiam, imo post condemnationem, ut *infra N.* 11. Sed & neutra necessaria. Quamquam enim illa verba de instituta accusatione, potius quam de delicto inchoato alibi, alibi consummato accipienda daretur, (quod haud absurde negat Wes. *in d. L.* 1. *n.* 3. intelligens inchoata, seu incepta delicta, quæ alibi perfecta. Quod enim ubi agi cœptum est, caussa terminanda, fit ratione litis pendentiæ, de qua *d. L.* 1. non agitur, neque in eo quidquam delictorum proprium) non ideo tamen remissionem inhiberent, non magis quam illa, quæ sequuntur, *vel ubi reperiuntur*. Sed neganda est consecutio. Ubi iudicium criminale cœptum est, ibi perfici debet. Ergo, sive cœptum sit contra invitum, sive contra volentem. Hæc enim ratio petit principium, quia hoc inferri debuit, non pro certo sumi, quod contra volentem æque ut iudicium civile inchoari possit, &c. Enim vero contra opinio, quam usus servat, declarari solet. (1) Ut qualitas caussarum specialis, non generalis requiratur, Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisd. n.* 110. Quare qui de levioribus criminibus solum inter suos cognoscit, de caussis sanguinis & gravioris animadversionis inter alios non cognoscet. Paurmeist. 1. *de iurisd.* 25. *n.* 39. (2) Ut non procedat in casu inquisitionis, Decian. *d. n.* 2. Bocer. *d. n.* 23. Paurmeist. *d. n.* 39. Merito quia ad Prorogationem omnem consensus utriusque litigantis necessarius. Hic vero accusator verus deficit. Addunt (3) Ut sponte & sciente fiat. Sed in eo nihil peculiare, sed omni prorogationi commune.

ad extremum se defendere debere. Id enim est, quod dicitur in *L. 3. C. ubi de crim. ag. opor.* quæstiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coercentur, perfici debere etiam ibi, ubi inchoata sunt: intellige crimina, id est, ubi cœptæ fuerunt adversus invitum, aut adversus volentem criminationes, seu accusationes: quo sensu dici constat inchoatum adversus aliquem crimen, in *L. adulteram, C. ad leg. Iul. de adult.* ut appareat, quod dicitur, ubi cœptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debere, de quo postea: *L. ubi, D. de iud.* non minus ad iudicia criminalia, quam ad civilia pertinere. De domicilio adversus invitum ius idem. Placet & de crimine agi posse, ubi reus [3] domicilium habet. Sic enim de plagio scriptum est in *L. 2. C. ubi de crim. agi. op.* ubi is qui plagii crimen commisit, degit, ibi competentem iudicem de crimine cogniturum: ubi degit, id est, ubi domicilium habet, *L. unic. C. ubi de her. ag.* Et quod dictum est in una specie criminis, id in omnibus intelligendum est. Et sane si forum est cuiusque, ubi domicilium habet, *L. 2. C. de iurisd. omn. iud.* si ad iurisdictionem iudicis pertinet, qui ex territorio eius est; nihil habet criminis reus eo loco conventus, quo detrectet iurisdictionem iudicis intra territorium & iurisdictionem suam ius dicentis. *arg. in L. ult. D. de iurisd.* In primis autem iuris est minime controversi, ubi est commissum crimen, ibi accusatum reum [4] se defendere, & quæstionem criminis perfici debere. *L. 1. auth. qua in provincia, C. ubi de cri. L. si cui, §. pen. L. ult. D. de accus.*

II. Hucusque ergo, ut dixi, in obligatione delicti contracta, cum de maleficio agitur, convenit civili iudicio cum criminali. Duo sunt criminis, sive iudicii criminalis propria: propter quæ facere debuimus in hac sortitione iurisdictionis, quæ propter obligationem contractam contingit, ut hoc genus separatim attingeremus. Primum illud proprium, quod cum in caussis pecuniariis & civilibus nemo ideo solum alicubi conveniri possit, quia ibi reperitur, sed ita demum, si aut ibi domicilium habeat, aut etiam ibi contraxerit; in criminibus contra receptum est, ut quibus in locis [5] reperitur reus criminis, ibi accusatus caussam agere cogatur, ibi & damnari possit, & de damnato supplicium sumi pro iurisdictione magistratus. Id non obscure significatur in *L. 1. C. ubi de crim. agi. opor.* cum illic iubentur criminum quæstiones, non solum ubi commissa sunt vel inchoata crimina, sed etiam ubi [6] reperiuntur, qui perhibentur rei esse criminis. Nam quæ alia significatio horum verborum esse potest?

III. Sed hanc interpretationem non fert illic Accursius, non ferunt etiam alii interpretes hunc secuti, & nominatim Bartolus:

3) Clar. 5. *Sentent.* §. *fin.* Q. 39. *n.* 9. Num vero iudex domicilii possit ex officio per inquisitionem procedere contra reum de delicto alibi commisso? vid. Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 1. Farinac. *Q. crim.* 6. *n.* 13. *Carr. Pract.* QQ. 11. *n.* 6. Math. Steph. 1. *de iurisd.* 30. *n.* 12. Coler. *Decis.* 239. *P.* 2. Fach. 9. *Contr.* 20. Knich. *de sublimi territ. iure C.* 3 *n.* 420.

4) *L. 11. de custod. reor. L. 3. de off. præs. L. ult. de accus. all.* Quod & in militibus obtinet *d. L. ult. de accus. L. 3. pr. de re milit.* ita tamen ut *h. C. in fin.* ac clarissimis personis *L. 1. C. Ubi Senat. vel clar.* Et hic locus maxime proprius ac principalis, Vinc. de Franch. *Decis.* 37. *n.* 1. cum exemplo terrendi sint alii, ut abstineant: quod exemplum alibi non ita commode statui potest, Vult. *ad L. 1. C. Ubi de crim. n.* 15. *&* *n.* 22. ubi reliquos locos accessorios appellat, & quasi fortuitos. Neque enim, ut idem *n.* 35. concurrens horum iudicum iurisdictio, quia iudex loci alterius cogitur remittere ad iudicem loci delicti. Conveniri vero hoc loco potest, etsi nec honorum, nec domicilii respectu iudici subiectus sis. Et sane si in territorio citatione apprehensus, ut si illa, priusquam inde aufugit, ceut, potest deinde contra absentem quoque procedi ad effectus contumaciæ, etiam in personam, Decian. 4. *Tr. crimin.* 18 *n.* 1 Wes. *ad L. 1. C. d. t. n.* 2. Math. Steph. 1. *de iurisdict.* 30. *n.* 23. Rauchbar *P. 1. Q.* 50. *n.* 10. Sin minus, nec ibi domicilium habeat, tantum contra bona illius procedi potest, nihil vero in personam decerni, Math. Steph. *d. loc.* & Rauchbar. *n.* 14. Nam ut citatio realis, captura scilicet fieri nequit in alieno territorio, ita nec verbalis, *Clem. pastoralis de re iudic.* Nisi per subsidium iuris requisitus iudex loci, ubi degis. Nam si ab hoc iussus comparere coram illo non pareat, potest ab eodem, suo nempe iudice, contra eum procedi etiam quoad personam. Quod si is remissionem, (quæ hodie necessitatis non est, ut *infra N.* 9.) recuset, non potest ille procedere contra personam absentis, Wes. *d. n.* 2. Quoad effectum vero missionis in possessionem bonorum ibi existentium, non requiri subsidiariam citationem, statuis contra Coler. *d. C.* 1. *n.* 38. *& seq.* Rauchb. *d. Q.* 50. *n.* 18. Quis vero locus delicti habeatur, an quo perfectum & consummatum ac in specie in homicidio, cum ubi cædes facta, an ubi mors sequuta, & quid si delictum in confinibus admissum, quis tunc competens, vid. Decian. 4. *Tr. crim.* 17. *n.* 6. *& seqq.* Farinac. *Pr. crim. Q.* 7. *n.* 44. *& seqq.* Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 69. *& seq.* Bocer. *de iurisd. C.* 9 *n* 12. *& seq.* Math. Steph. 1. *de iurisd.* 30 *n* 35. *& seqq.* Petr. Theodoric. *Disp. crimin.* 3. *Th.* 3. Quia enim hisce libris de criminibus, universoque iure publico, nihil principaliter docere institutum est, hæc non persequor.

5) Vultei. *in d. L. 1. C. Ubi de crimin. n.* 11. Triplex, ait, locus est ubi de crimine agi potest (1, Delicti commissi. (2 Ubi iudicium cœptum. 3) Ubi reus reperitur, & Wes. *ad d. L.* 1. *n* 2. Quas tres caussas fori sortiendi refert Azo in summa *d. t. C.* Sed Decian. 4. *Tract. crim.* 3. *n.* 2 longe plura ad hæc considerari debere docet, tum in persona accusatoris, rei, iudicis, tum in delicto eiusque qualitate, denique in iudicio ipso, vel caussa quæ agitur, quem adi.

6) Ita & de loco indefinito, seu quocumque interpretati ea verba quidam veterum, teste Azone, & probat Cuiacius *in Par. C. d. t. per L. 1. C. Ubi quis de Curiali vel cohort.* & consentit Paurmeist. *Lib.* 2. *de iurisdict. C.* 4. *n.* 205. *& C.* 8. *n.* 204. Vult. *in d. L.* 1. *n.* 40. testans ita usu servari, etsi communiter ita restringat, modo domicilium ibi habeat: unde tamen excipiunt vagabundum, *ibid. n.* 37. *& seqq.* Ac *n.* 42. studiosum quoque in loco studii de crimine alibi commisso recte conveniri concludit, *in quo diss.* Rebuff. *Privil. Schol.* 123.

tolus: dum hoc statuunt, neminem sontem extra eum locum, ubi crimen admisit, alibi conveniri aut accusari posse, ut quidem se illic defendere cogatur, quam ubi domicilium habet. Moventur scilicet *L. in criminali. C. de iurisd. om. iud.* ubi ita nominatim cautum est, ut in criminali negotio rei forum accusator sequatur. Est autem, inquiunt, forum rei, ubi is domicilium habet. Cui congruit, quod traditur in *L.* 2. *C. ubi de crim.* ibi criminis caussam cognosci, ubi reus degit. Et cum illis opponuntur verba superiora *d. L.* 1. *C. ubi de crim.* non dubitat Accursius, & cum Accursio reliqui sic interpretari: ubi reperiuntur rei, id est, ubi reperiuntur domicilium habere. Sed hoc quam recte, non difficile est cuivis iudicare. Certe verba aperte refragantur. Quid enim, quæso, commune inter se habent hæ orationes; ubi reperitur reus, & ubi reperitur domicilium habere? Nihilo certe plus, quam si, ubi reus reperitur, interpretatur quis, ubi reperitur navigare, aut fodere, aut insulam ædificare. In summa nihil omnino: cum fieri possit, ut quis alicubi reperiatur, qui ibi domicilium non habeat: & contra ut alicubi domicilium habeat, qui ibi non reperiatur. Manet igitur ea significatio superiorum verborum, quam dixi, quæ mirifica illa interpretatione offendi non potest. Restat, ut de sententia ipsa videamus.

IV. Sed cur dubitemus eam admittere, quæ prius diserte expressa & constituta est in *L.* 3. *D. de offi. præs.* Sic enim illic scriptum est, in mandatis principem esse, ut curet is qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare; nec distingui, unde sint: ut purgetur malis hominibus provincia; quod non fit aliter, quam prehendendo, de accusatis cognoscendo, & iudicando, sic deinde damnatis meritas pœnas irrogando. Cum autem additur, non distingui, unde sint: satis significatur, etiamsi non sint inde, ubi accusantur, sed alibi domicilium habeant; tamen ibi accusationem subire & se defendere debere. Idem & de milite desertore, qui quid in provincia admisit, scriptum legimus in *L.* 3. in pr. *D. de re mil.*

V. Neque vero quidquam proponitur aliunde, cur hæc sententia mutari debeat. Traditum est in *L. in criminali, C. de iurisd.* in criminali quoque negotio accusatorem rei forum sequi debere. Nihil verius: sed in criminibus etiam forum rei est, ubi is reperitur, si & ibi accusetur. Non enim unus aliquis locus rei forum dicitur; sed omnis, in quo reus conventus appellatusve apud iudicem eius loci se defendere cogitur. Alioqui non recte ageretur cum reo in eo loco, in quo contraxit: sic enim diceretur actori non sequi eum forum rei. Nunc autem ibi recte agi constat, eoque & ibi forum esse rei, quod recte actor sequatur: non alia de caussa, quam quod reus ibi se defendere debet. Atqui didicimus ex *d. L.* 1. *C. ubi de crim.* reum non solum cogi se defendere de crimine, ubi admisit, sed etiam ubi reperitur: ubi reperitur, inquam, simpliciter omissa quæstione, unde sit: quod & apertius statuitur in *d. L.* 3. *D. de offic. præsid.* Sciamus igitur & locum ubi reus reperitur, ex superiore iure rei forum esse, ut cum ibi convenietur, recte dicatur accusator forum rei sequi. Atenim domicilium dicitur esse forum rei, *L.* 2. *C. de iurisd.* Et est sane forum eius; sed unum e multis: unde & ibi accusari reum posse constat. *d. L. ult. C. ubi de crim.* At non [7] solum: alioqui, ut dixi, cætera loca non essent eius forum: ut proinde ne ibi quidem se defendere cogeretur: quod secus est.

VI. Quæret ergo aliquis, quæ res & caussa subiiciat sontem iurisdictioni eius loci, in quo reperitur, si ibi neque maleficium admisit, neque domicilium habet. Dicemus utilitatem publicam & vigorem disciplinæ publicæ: qui commemoratur in *L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de publ.* Ea exigunt, ne maleficia sint impunita, & ut tranquillæ ac pacatæ sint provinciæ ab improbis & maleficis hominibus, *L. ita vulneratus*, *D. ad leg. Aquil. d. L.* 3. *de off. præs.*

VII. Alterum est criminum proprium, quod cernitur in eo loco, in quo crimen admissum est. Id autem tale est. Nam in cæteris actionibus ita unusquisque se defendere debet, ubi contraxit, ut non ideo tamen si absit, remittendus sit in eum locum, ubi contraxit. In criminibus contra hoc servatur, non solum ut alterius provinciæ reus apud eos accusetur, & damnetur, apud quos crimen contractum est; quod constat *L. ult. D. de accus.* sed etiam ut si reus abest, [8] desiderante magi-

7) Ita Vult. *d. n.* 40. regulam illam inde non vitiari, cum forum in criminalibus non definiatur domicilio, sed locis etiam aliis. Quin imo locus maxime proprius hic delicti commissi.

8) Petitio iudicis delicti necessaria est ad necessitatem remittendi: ex urbanitate autem fieri potest, etsi non petatur, Covar. *Pract. QQ. C.* 11. *n.* 5. *vers. Quarto.* Toming. *Decis.* 5. *n.* 9. & 10.

magiſtratu eius loci, in quo crimen admiſſum eſt, reus in eum locum remittatur. Idque ita tranſigitur, ut præſes provinciæ, in qua delictum eſt, ſcribat ad magiſtratus eius loci, ubi delinquens aut delinquentes agere dicuntur, & deſideret, ut hi ad ſe remittantur. Iubenturque ii, a quibus id deſideratum eſt, reum cum perſecutoribus remittere, ideſt, cum iis, qui reum deducant, & perſequantur, ne aufugiat. De quo etiam veterum Imperatorum reſcriptis cautum erat, ut declaratur in *L. ſoleat, D. de cuſtod. & exh. reo, L. ſi cui, §. pen. D. de accuſ.* Sed [9] plenius poſtea & de eadem re conſtitutum eſt a Iuſtiniano *Novel. ut nulli iudicum,* 134. *§. ſi vero quis.* Cavit enim ut is præſes, qui literas accepiſſet de mittendo ad ſe reo, eum prehenderet periculo ſuo & cohortis ſuæ; prehenſum tranſmitteret. Et pœnam adiecit tam adverſus eum præſidem, quam adverſus cohortem eius, ſi per quem eorum factum eſſet, quominus prehenderetur reus, aut prehenſus tranſmitteretur. Hoc tam multis conſtitutionibus cautum eſt, & a Iuſtiniano ſancitum tam diligenter, quia exiſtimatum eſt ad utilitatem publicam pertinere, in ſontes exempla publicæ vindictæ edi, ubi deliquerunt: fieri enim non poteſt, quin ibi maleficium ſit cognitum. Idcirco publice utile eſt, ut qui admiſſum ſcient, cognoſcant quoque ibi non fuiſſe impunitum: primum ut bonis ſatisfiat, qui vel facto vel etiam improbo exemplo læſi erant, tum ut iis metus adimatur, quibus hunc incuſſerat rei audacia & improbitas. Poſtremo ut ſi qui improbi exemplo maleficii audaciores facti ſint, cognito maleficii exitu [10] terreantur, & ſpe impunitatis adempta fiant in poſterum ad iniuriam tardiores. Quæ omnis ratio cum nullo modo attingat cauſſas & actiones privatas, non mirum, ſi in his nullam eiuſmodi remiſſionem in ea loca, ubi contractum eſt, iuris auctores admiſerunt, ut ſuo loco diximus.

VIII. Admonent autem nos ſuperiorum conſtitutionum verba & ratio, non ſolum his locum eſſe rebus integris, ideſt tunc, cum poſtulatur ſontis remiſſio, cum nondum apud alium magiſtratum accuſatus eſſet; ſed etiam tum, cum deſideratur ab eo, apud quem de crimine iam agi cœperat. Plus dico, etſi reus iam ab eo [11] damnatus erat. Cum enim ſupplicii ſumendi atque ita exempli ubi convenit, edendi cauſſa poſtuletur hæc remiſſio, ut declaratur in *d. §. ſi vero quis, Novel. ut nul. iud.* dicendum eſt, quandiu huic exemplo locus ſupererit, iſti quoque poſtulationi locum eſſe debere. *arg. in L. in omnibus cauſſis id obſervatur, D. de regul. iur.* Non adverſatur huic ſententiæ *L. 1. C. ubi de crimi.* qua cavetur quæſtiones criminum ibi perfici debere, ubi in-

9) De quibus remiſſionibus plenius Covar. *Pract. QQ. C.* 11. Teſſaur. *Deciſ. Pedem.* 90. Marc. de Mantua *Singul.* 603. Decian. 4. *Tr. crim. C.* 9. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 150. Io. Kœpen. *Q.* 43. Fachin. 9 *Controv.* 21. *&* 2. *ſeqq.* Plerique autem prodiderunt conſuetudine neceſſitatem remiſſionum harum ſublatam eſſe, eaſdemque arbitrii effectas & urbanitatis, ut loquuntur, eum gratificare quandoque hac re ſibi invicem ſoleant magiſtratus iure amicitiæ, aut vicinitatis, ſub antigraphn tamen (ſeu reverſali) caveri poſtulantes remiſſiones iſtas iuriſdictioni ſuæ fraudi eſſe non debere, Monach. *ad L. ult. de iuriſdict. n.* 31. *& ad Rub. extra de foro comp. n.* 34. Weſenb. *in L.* 1. *C. Ubi de crim. n.* 2. *in ſi.* Gail. 1. *de Pa. publ.* 16. *n.* 31. Decian. *d. C.* 19. *n.* 11. Rauchb. *d. Q.* 50. *n.* 23. *& ſeqq.* Vult. *in d. L.* 1. *n.* 42. ubi notat rationem faciendæ remiſſionis ceſſare, quæ olim erat, quia omnes provinciæ uni Imperatori ſuberant. Hodie vero ſtatus unus non ita alteri devinctus. Paurmeiſt. 2. *de Iuriſdict.* 4. *n.* 106. *& C.* 8. *n.* 100. Matth. Steph. 1. *de Iuriſdict.* 30. *n.* 14. Tametſi Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 326. ſine ſumma alienæ maieſtatis iniuria, non poſſe principem unum, alteri ſubditum ſuum fugitivum denegare, ſcribat. Sane ſi uterque iudex eidem principi ſubſit, nec requiſito, ſuperior requirens remiſſionum neceſſitatem facilius obtinebit. Quod ut in ditionibus Saxoniæ ſervetur, vid. Toming. *Deciſ.* 5. *n.* 4. Rauchb. *d. Q.* 50. *n.* 26.

10) *L.* 28. *§.* 15. *de pœn.* Et convenit iudicem eum habere ſatisfactionem ac vindictam, cuius iuriſdictio violata eſt *L.* 13. *de off. præſ.* Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *C.* 6. *n.* 40. *& in Rub. extra de foro comp. n.* 27. Et ut expeditior ſit probatio cum facilius reperiantur teſtes in loco delicti commiſſi, Decian. *d. C.* 19. *n.* 6. cum & illos cum reis componi, ſeu inter ſe committi (confrontationem barbare appellant) neceſſe ſit, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 326. Itemque ne offenſus ſi cogatur litigare in alieno foro, impenſis deterritus accuſationem omittere, aut maiori cum moleſtia proſequi teneatur, *Nov.* 69. *C.* 1. Covar. *d. C.* 11. *n.* 3. Denique ſicuti ſolutio pecuniæ fieri debet ad locum deſtinatæ ſolutionis, ita ſolutio pœnæ deſtinata intelligitur ad locum ſceleris admiſſi, Decian. *d. C.* 19. *n.* 8. Quare ubi contigit malum ibi moriatur *C. ſi peccaverit* 19. *C.* 2. *Q.* 1. & ibi vindicetur iniuria ubi plectibilis eſt orta præſumptio, *C. ſi illic.* 29. *Cap.* 23. *Q.* 4.

11) Ita Alex. *in L.* 15. *§.* 1. *de re iud.* Fulg. *in L.* 1. *C. d. t.* ref. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 11. Qui tamen diſſentit, poſt plures alios, quos memorat, ſtatuens remiſſionem ceſſare non tantum ſi condemnaverit iudex de ea requiſitus, ſed etſi cognitione cauſſæ illum prævenerit. Et Weſ. *in d. L.* 1. *n.* 5. remiſſionem ita in iure iniungi, ſi in loco delicti præventa ſit iuriſdictio per citationem, deinde reus aufugerit; alias, ait, certum eſt, poſſe etiam in loco domicilii, & ubi reus reperitur, agi. Atque ita hic multo adhuc arctius remiſſiones coercet. Sed & Decian. *d. C.* 19. *n.* 12. præventione excludi hanc neceſſitatem, probat. (1) Quia alias non recte diceretur, iudicem domicilii poſſe cognoſcere. (2) Ne concurrant tria ſpecialia (1) ipſa remiſſio, adverſa communibus iuris regulis. (2) Quod non eſſet locus præventioni. (3) Quod ſententiam ab uno latam invito eo, qui tulit, alter exſequi poſſit. Et Matth. Steph. *d. C.* 30. *n.* 15. quia magis expediat ut iudex curet ſuam ſententiam exſecutioni mandare, quam ut alii puniendum remittat. Vult. quoque *ad d. L.* 1. *n.* 32. lite conteſtata reum remitti neceſſe non fuiſſe, forte etiam non debuiſſe, quod a loco quaſi contractus, qui fit iudicio accepto, partibus invitis recedi nequeat. Qui omnes me a ſententia Donelli noſtri non dimovent. Et ſingulis ſatisfacere ſtuderem, niſi prolixitatem nimiam vererer. Sane etſi mature poſtuletur remiſſio, ſummariam quandam cauſſæ cognitionem a requiſito prius fieri debere rationis eſt, ne alias forte innocens in vinculis remiſſus famæ notam incurrat, Covar. *d. C.* 11. *n.* 8. Henr. Bover. *Singul.* 62. *n.* 1. arg. *L. ult. §.* 1. *de publican.* Decian. *d. C.* 19. *n.* 15. niſi, ait, delictum notorium aut fama vehemens.

inchoata eſt accuſatio, vel ubi reperitur is, qui perhibetur reus criminis. Generaliter enim hoc ſcriptum eſt. Diverſum cautum in ea ſpecie, cum magiſtratus eius loci, in quo crimen admiſſum eſt, reum ad ſe remitti deſiderat, ut ibi in eum vindicetur legibus. Certi iuris eſt, in toto iure generi per ſpeciem derogari. *L. in toto iure, D. de regul. iur.* Quæ res facit, ut generale illud de perficienda quæſtione criminis, ubi inchoata eſt, ſic recte accepturi ſimus, niſi in eum locum, ubi reus deliquit, revocatur a magiſtratu eius loci ad eam formam, quam ante oſtendi.

IX. Interdum tamen accidit ut præſes eius provinciæ in qua delictum admiſſum eſt, non modo non reum qui alibi ſit, ad ſe revocet: ſed etiam contra præſentem prius a ſe auditum remittat cum [11] elogio ad eum, qui provinciæ præeſt, unde is homo eſt; ſed hoc ex cauſſa faciendum eſt, inquit Celſus: hoc in *L. non dubium, §. 1. D. de cuſtod. & exh. reor.* Quod eam vim habet, ut ſi alia non ſit cauſſa, non poſſit præſes id facere, nedum cogatur: Cauſſa autem videtur eſſe, ſi is qui deliquit, privilegium habeat proprii iudicis, & reus eo revocet; delictum autem non ſit eiuſmodi, quod ad iniuriam provincialium non pertineat, quodque in ea provincia magnopere animadvertendum videatur. Ut, ſi miles deſertor ſit, eum auditum ad ſuum ducem cum elogio præſes mittet, inquit Modeſtinus: præterquam ſi quid gravius ille deſertor in ea provincia, in qua repertus eſt, admiſerit. Ibi enim eum plecti debere, ubi facinus admiſſum eſt, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt: hoc in *L. 3. in pr. D. de re mil.*

CAP.

11) Cum elogio, id eſt cum indiciis ac ſcripturis coram remittente factis, Decian. *d. C. 19. n. 31.* Et ſic in Francia receptum notat Duar. *Tit. de Iudic, Cap. de Foro comp. f. 168. in fi.* ut contra quam iure civili iudex loci delicti ad iudicem domicilii reum remittat. Quod & ex urbanitate fieri poſſe, ſcribit Decian. *4. Tr. crim. 19. n. 6. & 7.* cum altera remiſſio ab hoc ad illum fiat ex neceſſitate, iure iubente. Quæritur, cuius ſumptibus fiat remiſſio? Requirentis vult Decian *d. C. 19. n. 19.* Marta vero *de iuriſd. P. 2. C. 32. T. 50.* expenſis rei fieri ſentit; & ſi is non ſolvendo, accuſatoris, ultimo vero loco iudicis requiſiti, per *L. 25. in fi. pr. ad SC. Silan.* quæ hoc non probat. Et melius poſt alios diſtinguit Farinac. *Pr. crim. Q. 7. n. 39.* ubi vide & P. Theodoric. *Diſp. crim. 3. Th. 3. ſub. fin.*

C A P. XVII.

Rem quoque quæ alicubi eſt, de cuius poſſeſſione aut proprietate agitur, ſubiicere unumquemque poſſeſſorem iuriſdictioni eius loci, in quo res eſt. Et ſimul ubi de poſſeſſione; ubi de proprietate actione in rem; ubi de hereditate agatur.

Tranſitio, & continuatio rerum. I.
Poſſeſſoris ſubiectio iuriſdictioni illius, in cuius territorio res ſita, duo habet ſingularia, & quæ. II.
De poſſeſſione ibi agi poteſt, immo & debet, ubi res de qua contenditur, conſtituta. III.
De proprietate ſi agatur, intereſt an univerſitatis, an rerum ſingularium ſit petitio. IV.
Item an petitio ſingularis rei fieri poſſit eo loci ubi res ſita; an ibi tantum debeat. V.
Proponitur illorum opinio qui eam fieri iure volunt ubi reus habet domicilium. VI.
Sed ibi fieri omnino debere, ubi res, propter quas contenditur, ſunt conſtitutæ, oſtenditur auctoritate. VII.
Interpretatio L. quod legatur 38. D. de iudic. VIII.
Item exemplo. IX.
Item conſtituti iuris ratione. X.
Contrariis occurritur. XI. XII. XIII.
An res mobilis peti debeat ibi, ubi eſt. Et quando de ea recte alibi agatur. XIV.

I. Conſtituta ſunt hucuſque genera cauſſarum duo, quæ unumquemque conventum ex perſona ſua invitum ſubiiciunt iuriſdictioni eius iudicis, apud quem agitur, eumque iudicem competentem faciunt; domicilium in territorio eius iudicis conſtitutum, & obligatio ibi contracta: quo ex genere poſteriore eſſe diximus & obligationes de fideicommiſſis, & maleficiorum atque criminum accuſationes: in quem locum poſtremum oratio deſiit. Tertium genus cauſſæ erat ex illis quatuor quas ante poſuimus, res ipſa, de qua alicubi agitur.

II. Hæc quo in loco eſt, eodem in loco [1] ſubiicit poſſeſſorem iuriſdictioni eius loci; ſi tamen de eius rei poſſeſſione aut proprietate agatur. Atque his in cauſſis ſingularis iſta ob rem petitam ſubiectio eſt. Habet enim propria duo longe diſſita a cæteris cauſſis. Unum, quod ubi res ſita eſt, ibi de eius poſſeſſione aut proprietate agi poteſt; quamvis qui convenitur, neque ibi contraxerit, neque ibi domicilium habeat. Alterum, quod non ſolum ibi agi poteſt, ſed etiam debet, ſi reus ibi ſecum agi poſtulet: ut quamvis forte reus conveniatur, ubi domicilium habet, tamen ſi velit, recte revocet in eum locum, ubi res ſunt, de quarum poſſeſſione aut proprietate agitur.

III. Ac primum de poſſeſſione ſic ſtatuatur, quocunque interdicto de ea agatur, id eſt, ſive interdicto *unde vi* de recuperanda poſſeſſione, a qua vi deiecti ſumus; ſive *uti poſſidetis* de poſſeſſione retinenda, in qua turbamur; ſive interdicto *quorum bonorum* adipiſcendæ rerum hereditariarum poſſeſſionis cauſſa: in his omnibus cauſſis ibi certe de poſſeſſione

[1]) Quin ratione rei, etiamſi qui poſſidet honore ſuperior, inferioris iuriſdictionem ſubit, Monach. *d. C.* 6. *n.* 60. Eoque reſpectu ſubditum, quem tradunt, etſi regia dignitate emineat. Quanquam improprie ſubditus uſurpatur, uti & improprie domicilium bonorum, Paurmeiſt. *Lib.* 2. *de iuriſdict. Cap.* 8. *n.* 26. *&* *n.* 110. Cum aliud ſit forum ſortiri, aliud ſubditum eſſe, Gail. *de Pignorat. Obſerv.* 15. *n.* 3. Nam iudex loci rei ſitæ iuriſdictionem habet ſupra rem, non ſupra perſonam, nec vel rapere poteſt, vel excommunicare non ſubiectum, Trentacinq. 2. *Pract. Reſolut. Tit. de Iudic. Reſolut.* 4. *n.* 7. Ac imo nec domicilium ſemper ſubditum efficit, ut liquido probat P. Frider. *de Proceſſ. extrab. Lib.* 1. *C.* 46. *n.* 4. Quin nec ſi ratione eorum bonorum homagium præſtitum ſit, ordinariæ iuriſdictioni eo ſolo tanquam ſubditum ſubiici, contra quoſdam contendit Paurmeiſt. *d. lo. n.* 111. *& ſeqq.* Quare & Academicum ratione bonorum, quæ in loco ſtudii poſſidet, coram loci magiſtratu de iiſdem, ut & de præſtatione tributorum ac onerum realium conventum, ad Rectorem revocare non poſſe prioribus conſequens eſt, ut recte Vult. *ad L. un. C. l. quib. ca. mil. fori praſcr. n.* 57. Quod in alienum ſenſum detortum capit Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Iuriſdict. P.* 2. *C.* 10. *n.* 14. *& ſeqq.* tanquam inde ſequatur academicos mercimonia exercentes immunitatibus ſuis non frui, quod ἀπροσδιόνυσον eſt. Et quia verius eſſe putat, Profeſſoribus onerum etiam patrimonialium immunitatem iure tribui. Atqui hoc ita ſit nec ne Vulteius nihil in neutram partem ibi definit, ſed præſuppoſito eo bona oneribus ſubiecta eſſe, uti certe uſus obſervat, vid. Toming. *Deciſ.* 55. quis iudex ſit decidit. Nam præſuppoſito quod ſint immunes, nullus quæſtioni locus.

ne [2] agi, ubi res sita est, de cuius possessione agitur. Addimus & illud alterum, etiam ibi agi debere, nec posse actorem alibi experiri recusante & iurisdictionem defugiente eo cum quo agitur. De recuperanda, & retinenda possessione scripta est *L. unic. C. ubi de poss. ag.* Sic enim verba sunt. [3] *Ubi vis facta est*, scilicet qua deiecti sumus de possessione, de qua recuperanda agimus; aut ubi momentaria *possessio postulanda est*; intellige alia, quam ea unde deiecti sumus: nempe ea, in qua turbamur, de qua agimus; *ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare*. De adipiscenda possessione est in *L. unica, C. ubi de her. ag.* his verbis; illic, *ubi res hereditariæ sunt, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est*. Postulant autem ii heredes, eum primum possessionem earum rerum adipisci voluut: quam ad rem comparatum est interdictum Quorum bonorum. *L.* 1. *D. quor. bon.* Hic iam nobis verba superiorum rescriptorum observentur. Non enim dicitur, ubi res sunt, ibi de possessione agi posse; aut quod idem est, ibi de possessione conventum reum se defendere debere: quod quidem fieri posse & debere ex superioribus locis inter omnes convenit: sed dicitur convenire, id est, oportere ibi iudicem eius loci iudicare: ibi in possessionem mitti postulandum esse: quæ verba non facultatis sunt, sed necessitatis ibi agendi iudicandive tum actori tum iudici impositæ. Hæc necessitas omnem alibi agendi facultatem actori adimit, repugnante & in eum locum revocante reo. Nam si liceret actori adversus invitum de possessione agere, ubi reus domicilium habet, quanvis res ibi sita non esset: falsum esset necesse esse ibi, ubi res est, caussam agi, aut possessionem postulari: eum hæ orationes pugnent inter se, [4] necesse esse agere alicubi de re aliqua, & liberum esse de ea ibi vel alibi agere. Hoc iure in possessione postulanda constituto, merito utriusque partis ratio requiretur. Nam primum quid habet situs rei, quod reum de possessione conventum subiiciat iurisdictioni eius loci, ubi res, si ibi possessio solum est, non rei domicilium? Tum autem si reus alibi domicilium habet, cur ibi conventus pro perpetuo cæterarum caussarum iure non se ibi defendere cogatur? Et cum utrumque rationem cum caussa proprietatis communem habeat, ibi de utraque caussa in commune dicetur. IV.

2) Diss. cum DD. electionem actori tribuentes Wes. *ad L. un. C. Ubi de poss. agi sub fin.* Suarzenthal. *Lib.* 1. *Pr. iudic.* C. 6. *n.* 7. Vult. *ad d. L. un. n.* 42. *& seqq.* quoad momentaneum processum, qui extraordinarius est, Donelli opinionem admittit, eo quod is instituatur, ne ad arma deveniant, quod prævidere magistratus est *L.* 13. §. 3. *de Usufr.* eius nimirum, in cuius territorio res sita, ubi hoc metuendum. At si ordinario processu agatur, ait, omnes interpretes sentire, quod etiam in domicilio reus conveniri possit, si actori placeat. Primum Donellum dissentire, dum convento in foro domicilii revocationem ad locum rei sitæ tribuat, itaque locum domicilii arbitrio non actoris, sed rei relinquat. Sed recte noster (qui non primus ita statuit ut *infra N.* 7.) Nam uno inspecto iure nostro Iustinianeo nulla possessorii summarii & ordinarii differentia est, sed omne momentaneum dicitur. Neutiquam vero Donellus domicilii forum arbitrio rei relinquit. Quippe si ita esset, conventus is loco rei sitæ, revocare posset ad locum domicilii. Quod Donellus minime sensit, verum ut necessitatem illic conveniendi actori iniungit, utique & respondendi ac defendendi reo. Quod si reus loco domicilii consentus non revocet ad locum rei sitæ, præscriptione fori obiecta, iudicium ibi perficietur, non quod ex arbitrio unius rei, id forum fiat competens: sed quia ex utriusque consensu prorogatio iurisdictionis facta, per ea quæ *supra C.* 10. *N.* 7.

3) Quæ tamen verba de persecutione criminali ex LL. Iuliis de vi exaudiunt DD. plerique, ref. Vult. *ad d. L. un. n.* 8. & Zang. *de Except. P.* 2. C. 1. *n.* 116. ut ibi tractetur quis sit iudex, sive criminaliter, sive civiliter agatur. Quanquam autem Vult. *ibid. n.* 19. neutram quidem interpretationem absonam esse, attamen vel coniungendas esse, vel illam DD. communem expositionem præferendam; cum actio de vi sæpe significet criminalem *L.* 37. *h. t. L.* 5. §. 1. *de vi publ. L.* 5. *de vi priv.* Quia tamen ea expositio rubricæ non convenit, cum criminalis illa actio non detur ad possessionem, sed aliam pœnam *d. L.* 10. §. *ult. de vi publ. L.* 1. *de vi priv.* neque tunc de iure possessionis quæratur *d. L.* 5. §. 1. Adhuc eidem consequens foret, reum vis publicæ vel privatæ tantum forum sortiri loco delicti, non etiam in domicilio suo & ubi reperitur, per verbum *oportere*, *d. Rub.* quod falsum & improbabile, per ea quæ *C. praeced.* Denique cum, quando species generi inclusa est, quod in accusationibus de vi forum competens titulus præcedens doceat, nec id alieno loco inculcandum sit: Donelli nostri interpretatio non modo, ut probabilis prævalebit, sed ut necessaria, sola vincet. Sicuti nec illud placet quod Vult. *n.* 40. verba rescripti solum recuperandæ possessionis interdicto convenire censet, cum momenti possessionem vix aliam, quam quæ ablata est, de qua recuperanda agitur, esse putet, *ibid. n.* 34. licet quod ad rem attinet nihil interesse fateatur, cum idem in omni possessorio obtinere sentiat. Nam si ita esset, falsum utique hoc vel saltem dubium foret. Quia enim *d. L. un.* non ad consulentis preces emissa, sed Lex & Constitutio generalis, unius speciei expressio aliud iuris in aliis obtinere argumentum a contrario probabile præberet. Quin verius est quodsia interdictum usu iuris sic vocari, vid. *supra C.* 4. *N.* 17.

4) Vultei. *ad d. L. un. n.* 46. *&* 2. *seqq.* Resp. Non pugnare hæc, necesse esse ibi; & liberum alibi agere, sicuti nec pugnant regula & exceptio. Discernendum esse locum actionis cuiusque proprium (veluti in personali contractus vel delicti, in reali rei sitæ, in caussis status domicilii) ab adventitio. In illo ita agi oportere ut adventitii tamen non excludantur, si ita ferat occasio. Necessitatem igitur agendi in loco proprio semper manere, etsi aliquando quid de illa remittatur, re ita ferente. In loco proprio regulam esse, in adventitio exceptionem. Ita Vulteius quæ satis mihi non faciunt, nec exemplum quod ceu simile adducit *n.* 48 quadrat. Ubi enim de pluribus rebus in diversis territoriis sitis lis est, superior omnium adeundus, ne continentia caussæ dividatur, neve reus in plura iudicia distrahatur. Neutri rationi hic locus, ubi de una re lis. Quin ibi utique non alius quam iudex loci rerum sitarum iudicat, tametsi non immediate superior. Subdit Vulteius tot locis probari quod loco domicilii actio teneat, quot probatur domicilium tribuere forum, & rei forum sequi actorem. Atqui sic sequeretur solum, loco domicilii agi debere. Et immo in actione reali, hoc est forum conventi, locus rei sitæ. Ad hæc regula illa in favorem rei constituta, non in odium. Magis autem reo favet Donelli nostri, quam DD. contra sententia.

IV. De caussa ergo proprietatis videamus, & in hac agnoscamus eadem illa duo, quæ in possessione modo diximus; si tamen de proprietate rerum quæ alicubi sint, agatur, idest, rerum singularum. Alioqui generaliter de proprietate actio duplex est. Una de rebus singulis, specialiter dicta in rem actio: altera de universitate, idest hereditate, dicta ex re petitio hereditatis. *L.* 1. *L. in rem, D. de rei vind.* Et certe utraque res nostras proprias esse intendimus; illic singulas, hic hereditatem. Sed res singulæ corporales ut exstant, ita & certo loco consistunt. Unde & de his secundum naturam rerum eo ipso loco agi potest, & ne alio [5] agatur, potest iure caveri. At hereditas cum sit res incorporalis intellectu non corpore aut ullo certo loco consistens, non potest ullius certi loci in quo sit, petitionem admittere, quæ ipsa nusquam est. Ideo eius petitio ad hunc locum non pertinet, in quo de loco ubi res sita est, quæritur.

V. Illa solum pertinet, qua agitur de proprietate rerum singularum, quæ specialiter dicitur in rem actio: quando res eiusmodi sunt, quæ nisi certo loco consistere non possint. In hoc genere, inquam, eadem illa duo, quæ in possessione modo dixi, licet agnoscamus. Et de priore nulla controversia est, quin in rem actio invito reo moveri possit eo loco, in quo res propter quas contenditur, constitutæ sunt: quanvis qui convenitur possessor, ibi domicilium non habeat. Id enim diserte iubetur fieri in *L. ultim. C. ubi in rem actionib.* Hoc quæritur, an etiam debeat actio in rem eo loco exerceri: ut, si forte possessor alibi conveniatur, quanvis ibi domicilium habeat, non tamen recte conveniatur. Admittente reo nulla dubitatio. Volens enim & constituens subiicit se iurisdictioni: in consentientem cuiusvis iudicis est iurisdictio. *L.* 1. *D. de iud.* De invito quæritur. Quid ergo, si possessor alibi conventus præscriptione utatur, & dicat de proprietate rei ibi secum agi debere, ubi res sita est, idque fieri postulet?

VI. Hic recepta vulgo sententia est etiam in hac caussa, ut in cæteris: in actione denique in rem, ut in actionibus in personam recte agi cum possessore, ubi is domicilium habet; ibi conventum alio revocare non posse, sed se ibi defendere debere. Nec temere deducti sunt in eam sententiam, moti verbis *d. L. ult. C. ubi in rem act. exerc. deb.* Nam initio sic verba sunt: *Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur*. Est autem forum rei, ubi is domicilium habet. *L.* 2. *D. de iurisd.* Sequitur præterea in ead. L. *sed & in locis in quibus res constitutæ sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* Hæc oratio, *sed & in locis*, copulativa est, quam ideo apparet coniungere res diversas; & quoniam de locis loquitur, etiam ad plura loca referri, eaque coniungere hic videtur: proinde & sic interpretanda esse; non solum in eo loco, ubi reus domicilium habet, quod eius forum est: sed & in locis, in quibus res constitutæ sunt, in rem actio moveri potest. Et certe conveniunt cætera.

VII. Illud non modo non convenit, sed etiam aperte refragatur, quod Imperatores in his locis non actionem in rem moveri concedunt, sed moveri iubent: quibus verbis necessitatem ibi agendi aperte imponunt. Et res ita habet: etiam de proprietate actione in rem similiter, ut de possessione ibi [6] tantum agi potest postulante reo, ubi res propter quas contenditur,

5) Nec tantum si de re corporali agatur, sed etsi de incorporali, ut servitute. Ubi spectatur locus fundi servientis. Nam si exempli gratia fundus Mævii, situs in territorio Seii, debeat servitutem fundo Titii sito in territorio Caii, competens iudex non Caius, sed Seius, Zang. *de Exc. P.* 2 *C.* 1. *n.* 94. Idem est in actione de Emphyteusi, Mynsing 4. *Obs.* 95. 10. Coler. *Meth. Iur. emphyt. C.* 23. qui idem servari tradunt, etsi emphyteusis sit ecclesiastica, in quo diss. Valsse. 1. *Iur. emph. Q.* 39. *n.* 34. Idem in actione hypothecaria, Trentacinq. *Pract. Resol. Lib.* 2. *Tit. de Act. Resol.* 4 *n* 3. Vincent. de Franch. *Decis* 177. *n.* 1. Itemque alia actione reali; Rescissoria, Publiciana &c. Quare cum moribus & iure nostro detentationes rerum debitoris, quæ arresta nuncupantur, ius hypotecæ tribuant, Coler. *Decis.* 209. *n* 7. forum ibi competens, ubi res est, sive debitor, sive tertius possideat, Zanger. *d. C.* 1. *n.* 95. Idemque esse in iudicio *Famil. ercisc.* & *Comm. Divid*; *Fin. Regund.* quæ origine personales, fine & effectu mistam caussam habeant, idem Zang. *ibid. n.* 103. itemque in rem scriptæ Vincent. de Franch. *Decis.* 389. accensens iis actionem pro iure *protimiseos* ut & Tiraq. *de Retr. lign.* 8. *Gl.* 1. *n.* 8. *& seqq.* Hotom. *Cons.* 24. *n.* 6. Non idem in actionibus aliis ad personam, etsi ad rem agatur, Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n.* 8. *& seqq.* Zanger. *d. C.* 1. *n.* 94. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Act. Resol.* 4. *n.* 5. Mynsing. *Dec.* 8. *Resp.* 78. *n.* 59. diss. P. Frider. *de Process. extr. Lib.* 3. *de Contin. caus. C.* 4. *n.* 14. & quodammodo Vult. *ad L.* 2. *C. de iurisdict. n.* 23.

6) Consentit quoad interdicta & actiones reales Zanger. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 18. testans ita sentire Hostiensem post *Gl. in C. sane* 3. *in vers. provincia de foro comp.* Et de eod. Hostiense refert, licet non probet Paurmeist. 2. *de Iurisd.* 8. *n.* 108. Ac quosdam sic tenuisse memorat Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Act. Resol.* 4. *n.* 10. Non itaque solus & primus Donellus ab interpretibus omnibus divortium fecit, ceu putant Vult. *ad L. un. C. Ubi de poss. n.* 44. *& ad L.* 1. *C. Ubi in rem n.* 5. *& seqq.* (ubi contrariam omnium DD. sententiam, quod conventus loco domicilii ad locum rei sitæ revocare non possit, usu servari perhibet) & Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 31. *n.* 8. Quin firmioribus rationibus hanc Hostiensis sententiam niti, nec ab ea in iudicando & consulendo recedi debere, etsi communem adversari fateatur, statuit Zanger. *d. n.* 118. Ac ipse Vult. *ad L. un. C. Ubi fid. peti n.* 26. Quia olim vindicatio nulla, nisi in re præsenti, necesse fuisse eam institui in loco ubi res ipsa erat. Id vero vel desuetudine, vel saltem lege Constantini *L.* 1. *C. de form. sublat.* abro-

ditur, constitutæ sunt. Multa concurrunt, quæ hanc sententiam evincant, sive spectantur loci de hac re scripti, sive confertur possessionis exemplum, sive quæritur huius iuris constituti ratio. Loci duo; *d. L. ult. C. ubi in rem act.* & *L. quod legatur, D. de iud.* De verbis *d. L. ult.* iam dixi hæc esse, non ut permittant Imperatores in locis ubi res constitutæ sunt, actionem in rem moveri; sed ut nominatim ibi moveri iubeant. Quod lex 7 iubet, id facere necesse est, nec mutare iussa liberum est invito adversario. Est enim hæc potestas legis, ut ei omnes parere debeant. *L. 2. D. de legib.* Sed & quoties datur alicui actio certa lege, nisi is in agendo eam legem servat, denegatur agenti actio. *L. mutus, §. pœna, D. de proc.* Atqui lex superior iubet actionem moveri in iis locis, in quibus res constitutæ sunt. Quare & ibi actionem movere debet, qui hanc instituit, si reus postulet; & si alio loco agit, nihil relinquitur, nisi ut ibi denegetur ei actio.

VIII. Sed minus me moveret is locus, cum alia parte videatur alio retrahere, nisi hæc sententia constituta esset in *d. L. quod legatur* tam aperte, ut nulla cavillatione possit locus eludi. Sic enim scribit Licinnius in extremo: *Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi est.* Hoc, peti debere, valet ibi peti necesse esse legataria. Ut, cum dicitur unumquemque ibi se defendere debere, ubi contraxit, aut ubi domicilium habet: hoc dici intelligitur, unumquemque ibi conventum necesse habere ibi iudicium pati, & se defendere, nec iure posse invito actore alio revoca-

re. *L. heres, §. 1. D. de iud.* Cumque hæc per se debendi significatio est: tum vero apud Licinnium aliter verbum accipi non potest. Quemadmodum enim cum prius dixerat, rem legatam actione personali petitam ibi dari debere, ubi est; constat hoc dici, ibi dari necesse esse ab eo qui dare debet, id est, ab herede, ut non possit ab eo ibi recusari: ita cum subiicit etiam ibi peti debere, non aliud intelligere possumus, quam etiam necesse esse ibi peti ab eo, cuius ea petitio est, id est, a legatario, si possessor id postulat. Atenim non simpliciter dicit Licinnius legatum per actionem in rem ibi peti debere, ubi est: sed addit, etiam ibi peti debere. Quid est autem hoc etiam ibi, nisi non tantum alibi, sed & ibi quoque peti posse? Vult ergo alibi etiam peti posse, erantque hæc loca, ubi heres domicilium habet, vel ubi est maior pars hereditatis. Quomodo & Accursius interpretatur. Et recte hoc diceretur, si quidem particula, etiam, referretur ad verbum ibi, ut sic diversa loca includi intelligeremus. Nunc autem referri debet ad verbum peti, ut sit hic contextus, etiam peti debet ibi, ubi est. Hoc enim ad ea quæ præcesserunt, aptari debet. Prius dixerat Licinnius, si res legata per actionem personalem exigatur, ibi eam dari debere, ubi est, quanvis alibi petatur. Subiicit per adversativam diversum esse, si per actionem in rem petatur legatum; tum enim etiam ibi peti debere, ubi est. Quo non aliud declaratur, quam in actione in rem non ibi solum rem debere dari, ubi est, sicut in actione personali faciendum esse supra dixerat; sed etiam ibi peti debere: atque hactenus in-

abrogatum esse. Quod probabile non est. Si ius vetus ita fuit, ut certe fuisse vincunt veteres vindicationum ritus, ut solum res, ubi posita erat, peteretur, mansit id utique nisi expresse correctum liqueat. Quod tantum abest: ut potius LL. posteriores expresse suffragentur, ceu Donellus hic ostendit. Nec quia superstitiosa scrupulositas formularum sublata: *d. L. 1.* ideo eo ipso etiam in foro sortiendo quidquam immutatum. Longius e nostro abit Cuiac. *in Par. C. Ubi de her. ag.* sentiens non tantum agi posse loco domicilii: sed nec forum ex loco ubi res, aliter competens esse, quam si reus ibi reperiatur. Quod iniquum sit ex domicilio suo, ad locum rei sitæ, cum dispendio rei familiaris, extrahi. Quomodo & ante Cuiacium Sichard. *in L. ult. C. Ubi in rem n.* 2. & Castr. *n.* 2. ref. Zang. *d. C.* 1. *n.* 100. cum quibus & quodammodo Vinc. de Franch. *Decis.* 177. & Trentacinq. *d. Resol.* 4. *n.* 6. restringens tamen ita, nisi in loco rei sitæ etiam domicilium habeat, & nisi ibi habeat Procuratorem. Sed contra usu receptum esse testatur Zang. *d. n.* 100. quia leges generaliter loquuntur, nec adiiciunt id quod hi subaudiunt, quod facile tamen fuit. Et Cuiacium refellit Vult. *ad d. L. 1. C. Ubi in rem n.* 20. (1) quia sic locus rei sitæ non per se, sed ex accidenti forum faceret, quod non admittunt LL. indefinite conceptæ (2) Sic plus deferretur personæ quam rei, cum tamen hic res potius ac primario conveniri videatur. Et subvertit Cuiacius fori ordinem, cui ratio certa & constans est, quod res potissimum hic spectanda sit, ex ratione sua, dependente ex eventu incerto (3) Et quid si in loco illo inveniatur, nec ibi sit commorandi animo, maius illi facile erit incommodum, si tunc ibi conveniatur, quam si e loco domicilii evocetur, sive permanendum ei ad finem litis dixeris, ubi æque diu absuturus est a laribus suis, sive domuitionem concesseris, iudicio in loco, ubi cœptum est, retento, quia res redibit ad eum casum, a quo, ex mente Cuiacii, incipere non potuit. Longissime vero ab omnibus discedit Marc. Lycklama 4. *Membran.* 3. volens in loco domicilii solo agi, etsi id pro diversitate reorum diversum. Quis liberum convenire vel dominum possessionis, si is alibi domicilium habet, ubi habet; vel detentorem eius nomine possidentem, ubi res est, quia nec alibi huic sit domicilium. Et hoc accommodat *d. L. ult. Cod. Ubi rem.* de illo prius membrum accipiens, de hoc posterius. Quæ falso nituntur præsupposito. Neque enim necesse est detentori ibi domicilium esse, cum plura ad domicilium requirantur, vid. *supra Cap.* 12.

7) Vult. *ad L. 1. n.* 10. Resp. firmum argumentum fore, si Lex iuberet, ut id solum pro iure observetur. Contrarium autem apparere ex ipsa *L. ult.* ubi Donellus fatetur duo iussa esse &c. ut *infra n.* 11. ubi vid. Sed & hæc resp. non elidit nervum argumenti, qui in vocula *iubemus.*

ter personalem actionem de legato, & actionem in rem interesse; quod priore actione ibi res dari debet, ubi est, cum sæpe alibi petatur, & iure peti possit: posteriore ibi ubi est non solum dari, sed & peti simul debet. Id autem ita accipiendum esse duo evidenter probant; verbum debendi, quo Licinnius in hac re utitur, & differentia quam inter istas actiones in hac petitione statuit. Primum verbum debendi. Nam si intelligebat legatum per in rem actionem alibi peti posse, quam ubi est, & nihilominus etiam ubi est: petitionem hic statuit in arbitrio legatarii, non in necessitate iuris positam. Proinde dicere debuerat, per in rem actionem legatum ubi est, etiam ibi peti [8] posse, quod est facultatis & arbitrii: non autem, ibi peti debet, quod est necessitatis, & alia loca removet. Quod si recte eo verbo usus est, ut certe in homine erudito & iurisconsulto fatendum est: aperte eo verbo illam necessitatem ibi agendi statuit, & cætera loca exclusit. Differentia autem istarum actionum, quam illic tradit, hoc etiam declarat evidentius. Distinguit has actiones Licinnius aut in dandi loco, aut in loco petendi. Non utique in loco dandi, quod ex verbis apparet: cum in actione in rem de dandi loco nihil mutet per adversativam, sed solum de loco petendi loquatur. Et vero ita ius est, ut utralibet harum actionum agatur, semper res præstari debeat, ubi est, & multo magis in actione in rem, si cum bonæ fidei possessore agatur, qui in re transferenda nihil dolo malo fecit. *L. si res mobilis*, 10. *L. nisi*, seq. *D. de rei vind.* Distinguit ergo has actiones in petendi loco, non dandi. Atqui si interpretamur per in rem actionem legatum sic peti debere, ubi est, ut nihilominus peti possit etiam alibi, puta ubi reus domicilium habet, aut ubi est maior pars hereditatis: inter has actiones etiam in loco petendi nihil interest, omnisque inter istas actiones differentia tollitur. Nam & per actionem personalem totidem locis res legata peti potest. Ut enim potest hac actione peti legatum, ubi heres domicilium habet, vel ubi est maior pars hereditatis, de quibus locis constat *L. si fideicommissum*, in pr. *§. ult. D. de iud.* sic potest nihilominus etiam ibi peti, ubi est. *L. sed etsi susceperit*, *§. ult.* vers. *si ea res*, *D. de iud.* Necesse est igitur intelligi sic per in rem actionem legatum peti debere ubi est, ut vere illic peti debeat; idest ita debeat, ut alibi non possit invito possessore, qui dolo malo rem alio non transtulit: ut efficiatur plane ea sententia quam dixi, sive verbum debendi spectemus, sive mentem auctoris in his actionibus distinguendis: sententia, inquam, hæc; si per actionem personalem species legata petatur, ibi eam dari debere, ubi est, non etiam debere peti: non quod non possit ibi quoque peti: sed quod possit, non debeat, idest, non sit necesse, quia alibi peti potest pro arbitrio & electione legatarii. Sed si per in rem actionem res legata petatur, sic eam dari debere ubi est, ut non solum ibi dari, sed etiam ibi peti debeat: atque ita debeat, ut quemadmodum interpretamur alibi dari non posse invito adversario, idest, legatario: sic intelligendum sit nec alibi peti posse invito eo cum quo agitur, idest, possessore.

IX. Sunt ergo hi loci minime dubii, qui sententiam superiorem de actione in rem exprimant. Adde his exemplum possessionis. Nam & ea ibi postulari, deque ea ibi agi & iudicari convenire, idest, debere dicitur, ubi res sita est, de cuius possessione agitur. *d. L. unic. C. ubi de poss. agi opor. d. L. unic.* in princ. *C. ubi de her. ag.* Si hoc in caussa possessionis valet, etiam in actione in rem valeat, oportet: sive quod hæc iudicia ita sunt coniuncta, ut apud quem actum est de possessione, apud eumdem & de proprietate agi oportet: *L. nulli*, *C. de iud.* sive quod actione in rem petatur rei possessio. Id enim agitur, ut cum pronuntiatum erit rem nostram esse, res nobis restituatur officio iudicis. *L. officium*, *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Tantumque inter iudicium possessionis & proprietatis hoc interest, quod priore consequimur momentariam possessionem; posteriore perpetuam adversus eum, cum quo actum est.

X.

8) Vultei. *ad d. L.* 1. n. 11. vim illationis non diffitetur, sed, ait, Licinnium ius sui temporis spectasse, quo adhuc formulæ erant in usu, nec vindicatio tenebat, nisi in re præsenti. Quare compositorum incuriam exagitat, qui ius antiquatum, quod omittere vel inflectere decuerit, Pandectis inseruerint. Quæ probare religio est. Nihilo melius idem *ad L. un. C. Ubi fid. peti* n. 27. ibi esse Licinnio propositum docere non ubi res peti debeat, sed an ubi petitur, ibi etiam solvi debeat. Quod verbis ipsis ICti convenire nemo dicet, alias sic dixisset *etiam ibi solvi debet*, vocula enim *etiam*, arguit illic præcipue expediri de loco petitionis. Falsumque imo eumdem locum esse omnino præstationis, qui petitionis. Nam si personali actione de legato agatur, de quo *d. L.* 38. *pr.* alibi res peti, alibi præstari potest, *L.* 47. *pr. de L.* 1. Præstanda enim ibi ubi est *d. L.* 38. *pr.* cum agi possit loco domicilii, & maioris partis hereditatis *supra c.* 15. Et si daretur Vulteio actionem realem tenere in domicilio conventi, utique alibi peteretur tunc res immobilis, alibi præstanda esset.

X. Adiiciamus iam huius iuris rationem, quæ sequitur: tum non dubitabimus, quin ita etiam in utraque caussa possessionis & proprietatis constitui oportuerit. Ut quia ita debuit, intelligamus etiam ob eam sive æquitatem, sive utilitatem esse constitutum. Ratio igitur istius constituti iuris hæc 9 est, quod neque alibi ex commodo litigatorum caussa agi potest, quam ubi res sitæ sunt, de quarum possessione aut proprietate agitur, neque alibi iudicium exitum reperire, aut iudex sententiam suam exsequi: frustra autem & elusorium omne iudicium, ubi constet iudicem sententiam suam exsequi non posse. Primum pendente iudicio caussa alibi expediri non potest, aut certe non sine manifesto incommodo utriusque litigatoris. Nam interdum veniendum est in rem præsentem, ut cognoscatur de finibus & sciatur quid quantumve petatur. Interdum exhibenda res mobilis. Nihil horum fieri potest nisi in re præsenti; proinde & in eo loco, ubi res est, de qua agitur. Præterea in iudiciis quæ sunt de possessione aut proprietate, quæstio incidit, quis & quandiu possideat: nam & in iudicio proprietatis sæpe agitur de usucapione, dum aut actor, aut reus se usucepisse contendit: Nulla autem usucapio sine possessione. *L. fine, D. de usur. & usuc.* Non potest probari possessio nisi testibus. At quibus? non certe exteris, sed vicinis & incolis eius loci, ubi res sita est, de cuius possessione contenditur. Hi in re præsenti haberi possunt. Re autem procul remota si agitur, aut non est eorum copia, aut longis itineribus & magno sumptu revocari eos necesse est, aut ad eos iri, quo domi perincommode & minore iudicii fide ab alio magistratu interrogentur. Postremo ut omnia in lite peragenda litigatoribus alibi agentibus sint proclivia: tamen iudex qui alibi de possessione aut proprietate cognoscit, quam ubi res sita est, sententiam suam 10 tueri non potest vel actori vel reo. Nam si secundum actorem iudicabit, curare debet, ut ei possessio restituatur. *L. qui restituere, D. de rei vind.* Si secundum reum, curare debet, ut eum adversus vim tueatur in possessione. At hoc præstare non potest is, cuius in territorio res sita non est. Is enim solus potest iubere possidere, cuius ad curam pertinet res de qua agitur. *L. cum unus, §. penul. D. de reb. auct. iud. poss.* Sane sententiam alibi dictam potest exsequi is magistratus, cuius in territorio res sita est. *L. a Divo. §. 1. D. de re iud.* Sed de eo iudice nunc non quæritur. De eo agitur, qui alibi iudicat, quam ubi res constituta est, quæriturque quid is possit ad eius iudicii & sententiæ exsecutionem. Nos ad eam rem frustra illum adiri diximus, quem iam ab initio constat pro sua iurisdictione ibi ubi iudicat, sententiam suam exsequi non posse.

XI. Nunc de iis quæ interpretes contra moverunt, breviter respondebo. Huic autem sententiæ duo opponuntur, quæ illos in hac re tenuerunt. Primum *d. L. ult. C. ubi in rem act.* deinde exemplum petitionis hereditatis, de qua constituitur in *L. unic. C. ubi de her. ag.* Illam dixi verba *d. L. ult.* hæc esse, actorem rei forum sequi, sive in rem, sive in personam sit actio. Est autem forum rei, ubi is domicilium habet. *L. 2. C. de iurisd. omn. iud.* Quis neget igitur illis verbis hoc dici etiam in actione in rem actorem sequi domicilium rei; proinde & illic recte agere, ubi reus domicilium habet? Et ego hoc dici agnosco, neque tamen locus superiori sententiæ adversatur. Nam quod initio superioribus verbis generaliter dictum erat, id statim postea temperatur in actione in rem: ad hanc sententiam, ut actor in omni actione sequatur forum & domicilium rei; sed ita, dum si in rem agitur, etiam res de quibus controversia est, ibi constitutæ sint, ubi agitur. Eum, inquam, locum actor sequetur, quamvis sit ex alia provincia, ubi & domicilium habeat. Quod si res propter quas contenditur, alibi erunt, iubemus, inquiunt Imperatores, in his locis, in his, inquam, non alibi, in rem actionem moveri. Ita

9) Resp. Volt. *ad L. un. C. Ubi de poss. n.* 49. (1) Hæc incommoda fortuita, ex fortuitis vero leges non constitui. (2) Interesse ita maxime actoris, qui sibi imputet quod locum domicilii elegerit, Sic & Ant. Fab. 10. *Coniect.* 9. *in fin.* reum conqueri non posse cum commodius litiget in domicilio. Sed uno interesse non minus conventi posse, tam in petitorio, quam & maxime, in possessorio facile rem recte secum putanti apparet cum primis sit, ut Faber *d. loc.* vult, nova lite pro iudicati exsecutione in loco rei sitæ opus. Accedit & hæc ratio. In personali actione ideo loco domicilii etiam agi potest, quia cum debitoris persona obstricta sit, mirum non est, si ibi conveniatur, ubi degit. At in realibus agitur ad rem ipsam, eamque persequimur. Ergo ratio non est habenda personæ possessoris. Zang *de Exc. P. 2. C.* 1. 121.

10) Vult. *ad d. L. un. n.* 50. resp se mirari incogitantiam Donelli. Quia quod per se præstare iudex nequit, per alium præstabit, qui sententiam exsequetur *L.* 15. §. 1. *de re iud.* Alias etiam actiones in personam, quando in iis res versantur, intentandæ erunt loco rei sitæ. Agnosco hæc non temere dici, ac pariter (pace Cl. ICti dixerim) miror illius incogitantiam, dum hinc rationem non impedire scribit, quo minus qui ex privilegio ius revocandi habent ad iudicem certum, eodem etiam in realibus utantur. Nam imo in realibus non est locus privilegio isti, ne quidem in clericis, qui maxime præ ceteris proprios iudices habent, ut *supra h. C. N.* 1.

hoc efficiunt ut nunquam alibi in rem actio moveri possit invito possessore, nisi ubi res de quibus agitur, constitutæ sunt. Non me movent illa verba quæ sequuntur, sed & in locis ubi res constitutæ sunt, iubemus: fateor in hac oratione particulam, &, connectere atque includere res diversas; ut si referatur ad loca, hæc plura esse indicet, in quibus agi in rem possit. Sed animadvertendum est orationem superiorem esse ambiguam. Potest enim particula, &, iungi cum locis, ut plura loca includantur, quibus agendi potestas sit. Potest etiam iungi cum verbo iubemus, ut isto modo includantur non plura loca, sed plures constitutiones, & plura iussa Imperatorum. Utrum ergo in oratione hac ambigua sumi placet? Ex certis præceptis iuris id, quod vitio caret, & quod loco, id est præcedentium aut sequentium sententiæ convenit, ut cum hac cohæreat. *L. in ambigua. D. de leg. L. si servus plurium*, 50. *§. ult. D. de leg.* 1. At prius neque recipi potest, neque loco convenit. Recipi non posse ex aliis locis convicimus. Loco non convenire aperte arguit verbum iubemus, quod sequitur. Nam si aliis quoque in locis actio in rem moveri potest, quam ubi res constitutæ sunt, non iubetur actio in his moveri, ubi res sunt. Tum enim in his aut illis locis agere esset facultatis, non necessitatis: at iubere eam moveri in aliquo loco, rem subiicit necessitati ibi agendi. Restat ergo posterius, quod solum hic sumi oporteat, ut particula ista coniunctiva iungatur cum verbo iubemus, quo intelligamus ea particula includi non plura loca, sed [11] plura iussa. Et ita res habet; eique hæc sequentibus & aliis de hac re scriptis locis convenlens sententia; Actor rei forum etiam in actione in rem sequitur; idque ita ius iubet. Sed & nos in eo hoc iubemus, ut si res propter quas contenditur, alibi constitutæ sint, quam ubi possessor forum & domicilium habet, ut ibi ubi constitutæ res sunt, in rem actio moveatur. Quibus verbis simul alibi moveri repugnante possessore vetant. Addamus huic interpretationi superiorem confirmationem, quæ multis argumentis nobis constitit. Tum minus dubitabimus eius loci eam sententiam esse, quam dixi.

XII. Petitionis hereditatis exemplum, quo altero interpretes vulgo contra moveri dixi, sic nobis opponitur. De ea petitione ita scriptum est in *L. unic. C. ubi de her. ag.* hereditatis controversiam terminandam esse, ubi domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariæ constitutæ sunt, degit. Atqui petitio hereditatis & ipsa in rem actio est. *L. sed etsi, §. petitio, antep. D. de her. pet.* Sit ergo & in actione in rem de rebus singulis ius idem, ut qui convenitur, ibi quoque possit conveniri, ubi domicilium habet, ac non tantum ubi res de quibus agitur, constitutæ sunt. Sed male hæ actiones in hac re inter se comparantur. Sunt quidem ambæ in rem, & hoc inter se commune habent; sed quod supra attigi, rerum petitarum situ longe dissimiles, atque adeo contrariæ: de locis autem in quibus res petitæ constitutæ sunt, nunc agitur. Actio in rem de rebus singulis iubetur moveri in iis locis in quibus res sunt; quia & potest ibi moveri: habent enim res corporales sua loca natura, in quibus consistant, in quibus proinde & actio exerceri potest. Petitio hereditatis contra neque iubetur ibi moveri,

[11]) Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi in rem a.* 10. fatetur plura iura haberi in *d. L. ult.* Sed inde contra Donellum infert, quod si posterius iussum diversum a priore, necesse fore alium in eo locum intelligi, quam in illo. Nam si idem iubetur in posteriori, iussum unum est. Si unus locus forumque, ad quid duo iussa? Nunquid posterius solum non sufficit. Nec ratum duo iubeni disiunctim, quorum uni si paretur, fit quod iussum est. Sicuti hic (1) iubetur actor sequi domicilium rei (2) intentare actionem in loco rei sitæ. Patet igitur si alterutrum faciat. Sed etsi his obiectis occurri posset, maximeque posteriora hæc, quod duo alternative iubeantur, vitio laborent, cum vocula *sed &* coniungat &c. tutius tamen puto si in expositione *d. L. ult.* a Donello nonnihil divertentes, dicamus in priori versu definiri, quod regula vulgata: Actor sequitur forum rei, obtineat quoque in realibus actionibus. In posteriori vero versu definiri quodnam sit forum eius, unde petitur in realibus. Quomodo vocula *sed &* optime connectet, quæ non adversative, sed explicative, ut Zang. *d. C.* 1. *n.* 119. posita, uti in *L.* 26. *pr. Ex quib. ca. ma. L.* 28. *pr. D. h. t.* Quare non largior, quod Donellus largitur, in verbis primis *d. L. ult.* forum denotare domicilium. Sed forum ibi dicitur indefinite, quod est, vel esse potest in hac vel illa actione. Quale est in actione reali locus rei sitæ, faciunt quæ *supra Cap.* 16. *N.* 3. notavimus ex ipso Vulteio, qui idem *ad d. L.* 1. *n.* 19. maxime proprium forum in reali actione locum rei sitæ vocat. Verba autem potentiori significatu accipienda. Nec obstat quod Vult. *d. n.* 10. debere ad forum accipi, quod utrique actioni, reali & personali, commune: aliud id nullum quam domicilii: Neganda enim consequentia. Nam certe quando actor sponte reum convenit ubi res est, itidem ille huius, non hic illius forum sequitur, nec tamen forum utrique actioni commune. Hoc itaque intendunt interpretes non actoris personam spectari, sed rei, non reum ab actore ad forum suum trahi posse. Quod autem sit forum rei in sequente membro expediunt. Obiicit quoque Vult. *n.* 22. argumentum ex *d. L.* 1. *C. Ubi in rem.* Quia nulla ibi mentio loci, in quo res petita posita, sed in quo litigantes consistebant. Et hoc ipsum in quæstione, eo quia venditori in alia provincia domicilium, iudicium eo transferendum sit. Resp. Demus id ibi dubium fuisse consultori, anne locus domicilii actoris sui verum forum esset. At id non ex iure constituto, de domicilii foro in realibus sequendo, alias id solum & unicum esset, sed ex falsa opinione consulentis errore sibi ius eiusmodi fingentis, quasi ipse iudicium plane defugere & in auctorem totum transferre possit. Præsupponendum vero ut terminus habilis, rem fuisse in loco domicilii rei, qui ipse non per alios absens possidebat.

veri, ubi est hereditas, neque adeo permittitur ibi exerceri: quia nec potest ibi exerceri per rerum naturam: non quia non sit hereditas, aut non possit de ea agi certo loco; sed quia hereditas nullum locum habet, in quo consistat, ut dici possit, ibi de ea agi posse. Hereditas enim res est incorporalis in iure consistens: & quanvis in hereditate contineantur res corporales: ipsum tamen ius hereditatis incorporale est. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Quæ incorporalia sunt, nusquam sunt; quia ne sunt quidem, tantum enim intellectu percipiuntur, quo eodem esse finguntur, ut de partibus indivisis scriptum est in *L. 5. D. de stipu. ser. L. Mævius, §. duorum, D. de lega. 2.* Agitur quidem in petitione hereditatis etiam de rebus hereditariis licet corporalibus: datur enim hæc actio adversus omnes qui quid hereditarium quanvis minimum possident. *L. regulariter, L. licet, D. de her. pet.* Sed hi hoc per consequentiam. Re vera autem hic petitur universitas & hereditas; quia qui agit hereditatem suam esse intendit. *L. 1.* in pr. *§. 1. D. si parf. her. pet, L. 1. D. de rei vind. L. licet, D. de pet. her.* Unde & ipsa actio dicta petitio hereditatis, non rerum hereditariarum. Hereditate petita, sic deinde per universitatem in eam petitionem veniunt res singulæ hæreditariæ: quia hæ ea universitate continentur. *L. item videndum, §. ult. L. & non tantum, L. item veniunt,* in princ. *D. de her. pet.* Et quoniam hereditas non potest ibi peti, ubi constituta est, quippe quæ nusquam est: fit id quod cautum est in *d. L. unic. C. ubi de hered. ag.* ut ibi peti debeat, ubi possessor domicilium habet; atque adeo ibi solum, non alibi. Nam eo loco remoto in quo dicatur constituta esse hereditas, sicubi ea petenda est, restant loca duo, in quibus ex iure communi eum possessore agi possit; ubi domicilium habet, & ubi contraxit. In possessore hereditatis locum ubi contraxit, quærere alienum. Non enim ulla in rem actio ex contractu, aut ulla obligatione nascitur. *§. 1. Inst. de act.* Ita relinquitur omnino locus is unus, in quo controversia hereditatis tractanda sit, ubi scilicet qui convenitur, habet domicilium. Neque hoc mutatur, eum in *eadem L. unic.* adiicitur controversiam hereditatis terminandam vel ubi possessor domicilium habet, vel si ihi, ubi res hereditariæ sitæ sunt, degit. Sane enim his posterioribus verbis constituitur etiam is agendi locus, ubi res hereditariæ constitutæ sunt: sed hac ss conditione, si & possessor ibi degat, id est, domicilium habeat. Quo maxime efficitur nunquam alibi de hereditate agi posse, quam ubi possessor domicilium habet: cum etsi alicubi res hereditariæ constitutæ sint, non tamen aliter de hereditate ibi agi possit, quam si possessor ibi quoque domicilium habeat.

XIII. Immo, dicat aliquis, utroque loco, & ubi possessor hereditatis domicilium habet, & ubi res hereditariæ constitutæ sunt, quanvis ibi domicilium non habeat, de hereditate agi potest: quod si in petitione hereditatis recipitur propter res hereditarias, quanvis singulas, etiam in actione in rem in qua de huiusmodi rebus agitur, recipiendum est. Id autem effici videtur definitione ea quæ exstat in *d. L. ult. C. ubi in rem act. exer. deb.* Sic enim definitio est: *In locis in quibus res propter quas contenditur, constitutæ sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri:* Continet hæc definitio

ss) Sed hæc expositio dura. Nam ut Vult. *ad d. L. un. C. Ubi de her. n. 24.* Vocula *vel* locum cum a loco domicilii fecerint, nec congruit prius perspicue dictum postea obscurius repeti. Nam etsi verba, *vel si*, non conditionem continere, sed pro *quamvis* posita esse dici possit, ut *L. 10. §. ult. Quæ in fr. cred. L. 30. §. 1. de acq. poss. L. 67. §. 6. de Leg. 2* Zanger. *de Exc. P. 2. C. 1. n. 201.* ne sic tamen apprime convenit. Sensus enim erit, quod non eo tantum casu, quo domicilium alibi possessor hereditatis habet, sed & eo, quando in loco ubi res sitæ sunt degit, domicilium forum competens efficiat. Quomodo requireretur in casu posteriori plus dubii, qui tamen utique minus dubius. Nam quod domicilium per se solum efficit, quis sanus dubitabit, facilius efficere, si quid aliud, puta quod ibidem res hereditariæ sunt, accedat. Præterea ratio Donelli impugnatur a Vult. *ad d. L. un. n. 24. & ad L. 1. Cod. Ubi in rem n. 13.* Licet enim, ait, hereditatem nusquam esse, recte dicatur in thesi & abstracto, ut & de quibusvis iuribus, non tamen in hypothesi. Quin hereditas est in rebus atque in illis ita residet, ut ubi illæ sunt, etiam hæc una, etsi una sit res singularis, quia & eius ratione datur petitio hereditatis *L. 9. & 10. de pet. her.* Et hereditas certo loco relicta dicitur *L. un. Cod. ubi fid. peti.* Ipseque Donellus arguit *h. C.* a possessorio ad petitorium. Ergo ubi possessorium de hereditate intentatur, ibi & petitorium. (Sed ad hoc responderi potest possessoria adipiscendæ, de quibus *d. L. un. C. Ubi de her.* in priori membro, non dari de iure universali, sed de rebus singulis, vid. *Lib. 15. C. 36.*) Denique subdit Vulteius rationi Donelli ab incommodis ductæ, si alibi petatur, quam loco rei sitæ, etiam locus est in universali iudicio. Enimvero via sibi ipsi in expositione *d. L. un.* constare videtur Vulteius, dum prius eiusdem membrum non de interdicto possessorio, sed imploratione extraiudicialis officii iudicis accipiendam contendit, (etsi fere consentiant Wesenbec. *in d. L. un.*) Idem vero *n. 25.* quod Cuiacius generale esse vult, ut actio realis ita demum loco rei positæ teneat, si reus ibi reperiatur, ut supra *N. 6.* admittit in petitione hereditatis sola. Non ex ratione Cuiacii, sed quia ita nominatim constitutum sit, propterea, quod non mere est realis, sed mista actio. Quod igitur nec sola persona, nec solæ res efficere possunt, utraque coniunctim efficiunt. In quo, dum probabilius quid suppetat, subsisto. Sane usu ita servari, ut simpliciter hic, ceu in alia actione reali, ex communi sententia, duo sint loca sortiendi fori, testatur idem Vult. *n. 27. & seq.*

nitio omnem actionem in rem. Nihil enim distinguitur: & scimus verbo generali omnem speciem ei generi subiectam contineri. *L. si servitus*, *D. de serv. urb. præd.* Proinde continet & petitionem hereditatis; nam & hæc in rem actio est, ut dixi. Sed & in petitione hereditatis contenditur propter res hereditarias, de quibus id agitur, ut restituantur heredi. *d. L. generaliter*, *L. licet*, seq. *D. de her. pet.* Exigit igitur definitio, ut & in petitione hereditatis ius idem admittamus, quo scilicet & extra possessoris domicilium liceat eam movere, ubi res hereditariæ constitutæ sunt. Sed sciamus definitionem superiorem *d. L. ult. C. ubi in rem act.* specialem esse, non generalem; pertinereque tantum ad actionem in rem quæ est de rebus singulis, & iis corporalibus; non etiam ad eas quæ sunt de hereditate, aut rebus singulis incorporalibus. Primum sic usus verbi est, ut cum nominatur simpliciter in rem actio, verbo generis intelligatur species ea quæ est de proprietate rerum singularum. Indicat *L. in rem*, *D. de rei vindic.* Indicat & distinctio horum titulorum Codicis, *Ubi in rem actio exerceri debeat*, & *Ubi de hereditate agatur*. in quibus posteriorem superfluum, aut male divisum a superiore esse oportet, nisi in priore specialem in rem actionem intelligamus, & eam quæ est de rebus singulis, non de hereditate. Tum autem in superiore definitione ita usurpari ab Imperatoribus declarat, quod lex sub titulo priore collocata est. Sed in primis ipsa definitionis verba illa, *ubi res propter quas contenditur constitutæ sunt:* quibus verbis apparet demonstrari certam actionem in rem: nempe eam quæ est de his ipsis rebus. Hæc demonstratio ad petitionem rerum singularum pertinet: ad petitionem hereditatis non pertinet. In hac enim contenditur propter hereditatem, quam actor suam esse intendit, possessor negat. *L. licet*, *D. de her. pet. L. 1.* in pr. *D. si pars her. pet.* Non contenditur propter res singulas hereditarias: nisi, ut dixi, per consequentiam, quia hæ hereditate continentur. Manebit igitur hæc sententia: sic in rem actionem moveri posse, ubi res de quarum proprietate agitur, constitutæ sunt, ut etiam ibi moveri debeat, si possessor eo revocet; invito autem eo alibi moveri non possit. Hoc ideo constitutum, quo iudicium & suam commoditatem in lite exercenda, & suam vim in sententia exsequenda obtineat. Cur diversum sit in petitione hereditatis, satis ostendimus.

XIV. Et hoc nobis certo ius constitutum sit de rebus immobilibus. Quid, si actione in rem de mobili agatur? Idem [13] iuris est. Nam aperte Licinnius in *L. quod legatur*, *D. de iud.* de re mobili legata loquitur: quam ait subduci posse, de ea agi, ut exhibeatur. In quo genere tamen nihilominus idem illud constituit, ut dicat si per in rem actionem exigatur, ibi peti debere, ubi est. Sed repugnare videntur *L. si res mobilis*, 10. & duæ seqq. *D. de rei vind.* quibus in locis de re per actionem in rem petita ita statuitur, ut declaretur fieri posse, ut ea res alibi sit, quam ubi petitur, eoque ut alibi petatur, quam ubi est. Sed & hoc verum est, neque nunc id negamus. Non enim simpliciter dicimus actione in rem agi debere, ubi res est sita, de qua agitur: sed debere ibi rem peti ab initio, & peti desiderante possessore, qui nihil in re transferenda dolo malo fecerit. Quamobrem sine offensione superioris iuris tribus modis fieri potest, ut alibi res mobilis sit, alibi de ea recte agatur. Primum si eum de ea re actum esset ab initio, ubi erat, postea pendente iudicio translata sit alio a possessore. Tum si eum consentiente possessore alibi ab initio agatur. Est enim in consentientem cuiusvis iudicis iurisdictio. *L. 1. D. de iudic.* Et licuit reo iuri per se introducto renuntiare. *L. penult. C. de pact.* Postremo si possessor dolo malo rem alio transtulit, quam ubi erat pro commodo petitoris. Sic enim reus etiam ubi domicilium habet, conveniri poterit, quasi ibi possideat: quia pro possessore dolus est. *L. parem. L. qui dolo. D. de regul. iur.* Quorum cum nihil superiori iuri adversetur, manere oportet ius idem cum in rebus soli, tum in mobilibus, ut si de earum proprietate agatur, seu si per actionem in rem exigantur, ibi desiderante possessore peti debeant, ubi constitutæ sunt.

CAP.

13) Veluti si civis Noribergensis equo vectus Lipsiam veniat. Quæritur, an Lipsiæ equus vindicari possit? Contentio hac de re vetus inter Azonem, qui idem iuris esse in re mobili affirmabat, & Hugolinum, qui negabat, sed in domicilio rei agendum esse contendebat, ut tamen cautionem iudicio sisti in loco illo præstare teneatur. Quam plerique ita dirimunt, ut Azonem sequantur, si res aliquo delata, ut ibi aliquandiu sit: Hugolinum vero, si transeat, non mansura; Communem vocat & amplectitur Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit de Act. Resol.* 4 n 9. quam Monach. *in C. sane* 3. *de Foro comp* n. 4. probat si res se movens transeat. Verum indistincte Azonem sequuntur usuque forensi probari, perhibent Sichard. *ad L. ult. C. Ubi in rem* n. 3. Vult. *ad L.* 1. *C. eod.* n. 19. Math. Steph. 1. *de iurisdict.* 31. n. 16. Quia ratio, quod in his actionibus res spectetur, nec persona nisi propter rem, ubique convenit.

C A P. XVIII.

Iudicium alicubi cœptum quam vim habeat ad subiiciendum iurisdictioni eius loci tum reum, tum actorem, & quibus in caussis.

Cœptum iudicium quarta subeundæ novæ iurisdictionis caussa. I.
Tale dici, cum vel est institutum, vel proprie acceptum. Quale utrumque. II.
Iuste in ius vocatus debet se defendere, nec novo privilegio potest uti. Interpretatio L. si quis 7. D. de Iudic. III. IV.
Contrariis occurritur, & exponitur L. qui autem *in princ.* D. si quis caution. V.
Accepti iudicii vis triplex 1. ut in eodem iudicio & loco retineat cum actorem, tum reum. VI. VII.
2. Ut litigatores in coniuncto iudicio, hoc etiam finito, retineat; & quod illud. VIII.
3. Ut actor in accepto iudicio subiiciatur mutuæ petitioni. IX.
Quæ huius æquitas. X. XI.
Duo mutuæ petitionis effecta pro reo adversus actorem, & quæ illa. XII. XIII.
Cuius actiones actor ibi ubi agit, quo tempore, quibus in caussis excipere cogatur, aut contra. XIV. XV. XVI.
Quando, & qua de caussa legati Romæ si agerent, omnium actiones, & omni tempore tenerentur excipere. XVII.
Quid in petitione mutua vicissim pro actore sit constitutum adversus reum. XVIII.

I. Sunt ergo tria ista, quæ unumquemque iam ab initio iudicii subiiciant iurisdictioni eius loci, in quo agitur: domicilium rei ibi constitutum; obligatio ibi contracta; res ibi sita, de cuius possessione aut proprietate agitur. Sed hæc eiusmodi, inquam, quæ quemque invitum subiiciant iurisdictioni iam ab initio quanvis nullo adhuc iudicio adversus eum instituto. Quod si iudicio agi cum aliquo cœperit, hic nova caussa iurisdictionis subeundæ nascitur, & ea quam quartam inter superiores quatuor initio posuimus; iudicium cœptum videlicet, cuius potestas est ea, ut litigatores in eodem iudicio retineat, eodem loco, & apud eumdem iudicem: sed varie, ut est iudicium cœptum.

II. Iudicium dicitur cœptum dupliciter: aut enim institutum tantum est, aut id quod proprie in usu iuris dicitur cœptum iudicium. Instituitur iudicium tunc, cum primum reus in ius vocatus est. Hinc enim initium actionum instituendarum, ut est in §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* proinde & iudicii instituendi, quoniam non est actio sine iudicio, ut quæ definiatur ius iudicio persequendi. *Inst. de act.* in pr. Cœptum autem iudicium in usu iuris tunc proprie dicitur, cum iudicium acceptum est, seu lis contestata. *L. 1. C. de iud.* iuncta *L. lite. D. de usur.* de quibus verbis in ordine iudicii dicitur suo loco.

III. Instituti iudicii & vocationis in ius ad iurisdictionem iudicis constituendam hæc vis est, ut ubicunque in ius vocatio quem occuparit, ibi eum deinceps in eo iudicio retineat: ut quanvis postea alterius fori esse cœperit etiam ante litem ibi contestatam, nihilominus in posterum se ibi defendere debeat, non secus quam si perpetuo ibi eius forum esset in ea caussa, de qua agi cœpit. Hæc illa est definitio Ulpiani quæ exstat in *L. si quis posteaquam, 7. D. de iud.* in hæc verba: *Si quis posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse cœperit, in ea caussa ius revocandi forum non habebit, quasi præventus.* Primum hoc eximus, ut reus fit in ius vocatus. Hoc sic accipiemus, si modo sit recte vocatus, & ibi ubi se reus tum defendere debuit: puta ubi domicilium habuit, vel ubi obligatio contracta est, de qua agitur. Quod si alibi quis in ius vocetur, non ideo magis se in posterum ibi defendere debebit. Nam quæ iniusta vocatio est, eadem est inutilis, perindeque habetur, quasi non intervenisset. *L. non dubium. C. de legib.* & perabsurdum sit dici, quæ ab initio non tenuit reum, eam per se colligere vires tempore, ut reum magis teneat in futurum: cum etsi nova caussa rei confirmandæ incideret postea, tamen placeat, quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescere. *L. quod initio, D. de reg. iur.* Simpliciter quidem Ulpianus definitionem concepit de eo qui in ius vocatus est. Sed scimus

ſcimus in uſu iuris verba cum re & effectu eſſe accipienda. *L.* 1. §. 1. *D. quod quiſ. iur. L. pen.* §. 1. *D. ne quis eum qui in ius vocat. eſt, vi exim.* ut factum intelligatur, quod iure factum eſt, & valuit: quoniam quod contra fit, pro infecto eſt, ut dixi. Sic condemnatum dicimus eum, qui rite condemnatus eſt. *L.* 4. §. *condemnatum, D. de re iud.* ſic caviſſe & ſatiſdediſſe eum, qui recte non vitioſe cavit, ſatiſdedit. *L. quoties. D. qui ſatiſd. cog.* Qui ab invito in ius vocatus eſt, ubi per ius licebat, is ibi deinceps ſe defendere debet; quamvis poſtea, inquit Ulpianus, alterius fori eſſe cœperit. Alterius fori quis eſſe incipit poſtea duobus modis; aut [1] domicilio mutato, aut novo privilegio quæſito proprii iudicis. Domicilio mutato, cum quis ab initio vocatus eſt in ius ubi domicilium habuit, deinde domicilium alio tranſtulit. Transferendo deſiit prius domicilium illic habere; proinde & forum: cum novo autem domicilio etiam forum eo tranſtulit, ubi novum domicilium eſt. Eſt enim forum commune cuiuſque, ubi is domicilium habet. *L.* 2. *C. de iuriſd.* Hoc dicimus, eum qui ita tranſtulit, ſive volens fecit, ſive neceſſitate aliqua coactus; tamen ius revocandi novum forum non habere: ſed ſe ibi defendere debere, ubi prius domicilium habuit, ubi & in ius recte vocatus eſt. Novo privilegio quæſito proprii iudicis idem accidit, cum qui vocatus erat, mutata conditione perſonæ proprium iudicem habere cœpit, ad quem beneficio iuris revocare poſſit. Veluti, ſi quis poſteaquam in ius vocatus eſſet, ubi domicilium habebat, aut contraxerat, quibus in locis recte conveniebatur, poſtea miles factus ſit, aut [2] ſtudioſus alicui Academiæ ſubiectus. Militibus iudices militares attributi ſunt, ad quos revocant, cum conveniuntur. *L. magiſteriæ, C. de iuriſd.* & ſtudioſis item attributi Academiæ rectores. *auth. habita, C. ne fil. pro patr.* Si hi ante hoc privilegium alibi recte vocati ſunt in ius, non conſequentur novo privilegio ſuo, quominus ad extremum ſe ibi defendere debeant, ubi ab initio recte vocati ſunt.

IV. Atqui ius novum quæſitum eſt reo. Quid ni igitur & poſt vocationem eo iure recte utatur: cum conſtet nulli mortalium ius ſuum eſſe detrahendum? *L.* 2. in pr. *D. de his qui ſunt ſui vel alie. iur.* Occurrit obiectioni Ulpianus, & ſuperioris iuris rationem reddens, eo fieri ait, quod reus in vocatione ſit præventus. Optima ratio ſi recte accipitur. Hanc autem vim habet: Cum quis ab initio recte alicubi in ius vocatur, lex vocato hanc neceſſitatem imponit, ut ſe ibi ſiſtat iudicio, atque ibi iudicium ſuſcipiat, pro commodo actoris. Hoc enim illud ius eſt, quod ante diximus, unumquemque ubi domicilium habet, aut ubi contraxit, conventum ſe ibi defendere debere. *L. heres,* §. 1. §. *ult. D. de iud.* Huius iuris commodum eadem opera actori vocatione in ius acquiritur. Quæſitum ſemel, amplius invito adimi non poteſt. *argu. in L. ult. D. de pact. d. L.* 2. *D. de his qui ſunt ſui vel alie. iur.* Nec quidquam profuerit reo novum beneficium aut privilegium revocandi forum. Nam hoc privilegium [3] prævenit actor iure ſibi quæſito per in ius vocationem: quod ius quæſitum non poteſt illi a reo adimi, ut ante dixi. Quod ut fiat certius, generaliter definiemus; quoties iure alicui onus aliquod iniungitur, ſi ad id onus defugiendum eſt aliqua iuris excuſatio, toties eam excuſationem adeſſe oportet reo, cum onus iniungitur. Poſt iniunctum quæſita ad id quod iniunctum eſt detrectandum nihil

1) Vult. *ad L.* 4. *C. de iuriſd. n.* 19. Non tantum huic iuri locum eſſe ſcribit in caſibus tranſlati domicilii aut prorogatæ iuriſdictionis, ſed etiam præventionis ubi plures iuriſdictiones concurrentes, ac nullus ſuperior vel inferior. *Ibid. n* 24. Proprie, ait, litis pendentiæ exceptio eſt, cum iuriſdictiones ſunt concurrentes; quandoque tamen etiam obiicitur, ſi iudices invicem ſubordinati, ut ſi coram inferiore cauſſa introducta, nedum deciſa, introducatur coram ſuperiore.

2) Alias vero ſtudioſum variare poſſe uſque ad litem conteſtatam, vult Rebuff *Privil. Scholaſt* 153 quod non probat Pac. *in Auth. habita C.* 10. u. 3. Reum quoque criminis ſi ſe voluntariæ militiæ dedat, apud iudicem militarem audiri, nec remitti ubi poſtulatus per *L.* 4. §. 5. *de re milit.* Cl. Cloteræ. *Lib.* 2 *de Privil. mil. C.* 8. Quid ſi laicus poſt præventionem habitum monaſticum vel ordinem ſacerdotii aſſumpſit? Variant DD. vid. Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 2 *Tit. de Prævent. C.* 4. u. 8. Ioan. de Amono *Singul.* 29 Hieron. Alban. *in Add. ad Bart. L.* 19. *de iuriſd. tit. D* P. Frider. *Lib.* 3. *de Cont. cauſſ. C.* 5. *n.* 6. Plane privilegium non affectatum, ſed principis motu proprio conceſſum prodeſſe etiam ad litem iam cœptam transferendam, Senatus Luſitaniæ iudicavit, Georg. de Cabedo *P.* 1. *Deciſ.* 24. *& ſeq.*

3) Præventio itaque proprie dicetur ratione rei, hocque differt a litis pendentia, quod hæc utriuſque ratione dici ſolet, nec vere inducitur ante litem conteſtatam, ut Donellus *infra* u. 5. Quin & Mynſ. 4. *Obſ.* 26. plura requiri ad litis pendentiam, quam ad præventionem, docet. Etſi paſſim nonnulli hæc confundant, & vulgo exceptionem præventionis, non minus ac litis pendentiæ, a reo actori obiici, vid. Zanger. *de Except. P.* 2. *C.* 3. *& Cap.* 12. Gail. 1. *Obſ.* 74. *n.* 18. tanquam ſi actor æque præventus dici poſſit. Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 20. *n.* 2. duplicem ſtatuit præventionem (1) qua iudex prævenit alium, vid. *ſupra C.* 9. *N.* 13. (2) qua pars dicitur præventa. Et Marta *P.* 2. *de Iuriſd. C.* 2. *n.* 4. conſiderari eam (1) reſpectu iudicis præventi, ne ſe amplius intromittere poſſit (2) reſpectu partium, ne forum mutare queant. Et Paurmeiſt. 2. *de Iuriſdict. C.* 5. *n.* 106. Præventionem expediri ſoli in ius vocatione, ut qui parem iuriſdictionem habet, eam impedire nequeat. Nam iudex, qui prævenit, alteri inhibere poteſt, ne procedat, legitimiſque remediis iuriſdictionem ſuam defendere, Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de Prævent. C.* 4. *n.* 3.

nihil proficit. Exempla hæc sunt: Tutor ab initio recte petitus ad tutelam, quanvis postea privilegium nactus sit, ne tutor fiat, nihilominus ex superiore petitione tutor erit, quasi prævenius. *L. tutor petitus*, 28. *D. de excus. tutor.* Item incola, idest, qui alicubi domicilium constitutum habet, muneri alicui publico destinatus, sic cogitur munus delatum obire, ut quanvis postea mutet domicilium, atque hoc modo cæteris in rebus desinat esse incola, in hac tamen non desinat, certe non nisi perfecto munere ea administratione liberetur. *L. incola*, 34. *D. ad munici.* Sic in proposito qui in ius vocatus est, cum ei imponatur hoc onus iure, ut ibi subiiciatur iurisdictioni: si ab initio beneficium aliquod habuit revocandi forum alio, eo beneficio recte utitur. Si non habuit, prævenit actor, & quodcunque privilegium postea reus nactus fuerit, nihil ei profuturum est, ut ius actori quæsitum invito extorqueat.

V. Quod tamen dicimus eum qui in ius vocatus est, novo privilegio proprii iudicis uti non posse, quominus ibi se defendere cogatur, ubi in ius vocatus est, videtur negari in *L. qui autem. D. si quis caut.* ubi Pauli hæc verba sunt; eum qui novo privilegio utitur, non videri in eadem caussa sisti. Certum est hoc dictum esse de eo, qui in ius vocatus erat, deinde vocatus se iudicio sistit, ubi & privilegium suum allegat. Nemo enim cavebat clam iudicio sisti, aut de alio quærebatur, ut se ob cautionem iudicio sisteret, quam qui in ius vocatus erat; cuius erat ne duceretur, isto modo cavere. Inducto *titn. D. in ius voc. ut eant, vel sat. vel caut. dent.* De hoc tamen vocato Paulus definit, si se sistens novo privilegio utatur, non videri eum in eadem caussa sisti. Innuit ergo eum novo privilegio uti posse, & quidem ita, ut non videatur sisti in eadem caussa. Quod non fit aliter, quam si cum prius ibi se defendere deberet, ubi vocatus est, nunc sic utatur privilegio, ne se ibi defendere cogatur. Quorum nihil negari potest, neque tamen hic quidquam definitioni ei quam supra posuimus adversatur. Non enim dicit Paulus eum qui in ius vocatus est, omni privilegio novo adversus priorem vocationem uti posse, aut posse sem-per: sed significat posse uti aliquo, & posse aliquando. Quod & verum est. Nam primum si patitur actor, ut reus privilegio suo usus alio revocet, nihil caussæ est, cur is ex quovis privilegio non recte revocet: quoniam licuit actori iuri suo renuntiare. *L. pen. C. de pact.* Et tamen ex definitione Pauli verum erit reum ex privilegio alio revocantem non videri stitisse in eadem caussa: eoque & adversus eum committi stipulationem iudicio sisti in id quod actoris interest: ut fit in venditore qui rem a se venditam evincit emptori. Erat enim emptori initio exceptio, qua vindicantem summoveret: si tamen omissa exceptione passus sit, se evinci, habet nihilominus adversus venditorem actionem ob evictionem. *L. vindicantem, D. de evict.* Quod si actor non patiatur actionem alio transferri, sed velit caussam ibi agi, ubi reus in ius vocatus est: tum quidem non potest reus ad eam rem omni privilegio uti: at potest aliquo. Quid enim, si quis post vocationem dux belli factus, aut ad opera principi necessariam accitus impetrarit nominatim a 4 principe certos iudices, ad quos revocare liceret non tantum caussas futuras, sed etiam eas quæ alicubi cœptæ essent? quod multis vel propter utilitatem publicam, vel propter amplitudinem aut gratiam a principe tribui solet. Nemo dubitabit, quin eo privilegio quod nominatim ad omnes caussas pertinet, in cœptis etiam uti liceret, sic tamen, ut nihilominus hic quoque committatur stipulatio iudicio sisti adversus eum qui id faciat, quem verum est in eadem caussa non sisti, in qua tum fuit, cum vocatus est. At propone duo hæc coniunctim: actorem nimirum, qui reum alio revocantem non ferat; tum reum qui privilegiis sibi simpliciter vel iure publico, vel a principe concessis utatur. Dicemus neminem his adversus priorem vocationem uti posse. Omninoque ita definiemus, quæcunque beneficia proprii iudicis cuiquam tributa sunt simpliciter, ea ad futuras tantum causas, non etiam ad certas pertinere: propterea quod ita omnia beneficia principis esse soleant, ne cui tribuantur cum alterius iniuria. *L. nec avus, C. de emanc. L. 2. §. si quis a principe, D. ne quid in loco publ.* Proinde ne his ius alte-

4) Imperator enim potuit ordinem & iurisdictionem turbare, & caussas ad suam cognitionem pro libitu revocare, Vult. *ad L. un. Cod Quand. Imp. int. pup. n.* 11. Sicuti & hodie Princeps quilibet caussas, in sua curia vel civitate aliqua pendentes, ad se avocare potest, *idem ad L. 1. C. de iurisdict. n.* 137. ubi de avocatione caussarum seu litis pendentis ad alium iudicem citra appellationem translatione pluribus agit *n.* 169. *& seqq.* & Zang. *P.* 2. *de Except. C.* 1. *n.* 145. Bocer. *de iurisd. C.* 7. *n.* 49. *& seqq.* Quæ avocatio sine iusta caussa nec a principe fieri debet, Wes. *in Auth. qua in provincia C. Ubi de crim. n.* 15.

alteri ante quæsitum adimatur. Atqui & de actore repugnante nunc agimus, & quibus privilegiis negamus reum forum revocare posse, ea ipsa sunt, quæ iure publico aut a principe simpliciter tribuuntur, ut militibus, aut alterius fori incolis, de quibus definitio *L. si quis posteaquam*, concepta est.

VI. Atque hæc instituti iudicii & vocationis in ius vis est ad constituendam iudicis eius loci iurisdictionem, in quo iudicium cœpit institui. Accepti autem iudicii, seu litis contestatæ ad eamdem rem vis triplex. Nam & litigatores in eodem iudicio retinet; & quod huic iuri consequens erat, eosdem retinet in coniuncto, & actorem privatim mutuæ petitioni in eodem iudicio subiicit. Prima hæc iudicii accepti vis est, ut litigatores in eodem iudicio & eodem in loco retineat, iurisdictione nimirum eiusdem loci ita utrique litigatori constituta, ut neuter invito altero eam possit mutare. Hoc illud est, quod definitur in *L. ubi*, 30. *D. de iud.* ubi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debere; alias ubi cœptum, eodem sensu, ut ante cœpti iudicii propriam significationem esse ante diximus. Hæc definitio generalis est, & non ad reum tantum, sed & ad actorem pertinet. In reo hoc efficit, quod & iam ante vocationi in ius tribuimus, ut iudicio accepto quamvis reus alterius fori esse cœperit, non tamen revocare forum possit, sed cogatur persistere in iudicio cœpto, donec apud eumdem iudicem & eodem loco finem acceperit. Si hoc in eo qui tantum in ius vocatus est, valet, multo magis adversus eum, qui cum iam iudicium litis contestatione constitutum esset, valere debuit: multo etiam magis, si res adversus eum iudicata. In quam rem exstat Ulpiani responsum ex facto in *L. pen. D. de iurisd.* Puella iudicio conventa erat, ubi vel domicilium habebat, vel pater eius contraxerat, cuius ex persona tanquam heres conveniebatur. Iudicio cœpto & lite contestata nupsit ei viro, qui alibi domicilium habebat, cuius & domicilium per conditionem matrimonii mulier secuta est. Respondet Ulpianus sive mulier ante quam nuberet condemnata est, sive cognitio tantum adversus eam [5] suscepta, nihil mulieri prodesse matrimonium, & conditionem viri, quominus quo loco iudicium cœptum est, ibi & finem accipere, ac sententia exsecutioni mandari debeat. Quæ cum, ille de ea muliere respondet adversus quam lis contestata erat, sciamus non ideo negare eum, quin idem probandum sit etsi puella in ius tantum vocata esset, & post eam vocationem alio transtulisset domicilium. Subiicit enim eodem loco, *quod generaliter & in omnibus huiusmodi casibus observandum*. Similes casus utique intelligens omnes, quibus eodem modo prævenitur puella, aut quisquis est, cum quo iudicium instituitur, impediturque quominus novo privilegio fori postea utatur. In quibus est eodem auctore in ius vocatio. Nam & Ulpianus *L. si quis posteaquam*, auctor est.

VII. Eadem definitio & ad actorem pertinet: atque hoc efficit, ut cum actor de re contracta possit ab initio cum reo experiri duobus locis, vel ubi reus domicilium habet, vel ubi contraxit, si semel de ea re alicubi iudicio agere cœperit, & lis ibi erit contestata, iam amplius ea electione uti, & alio convertere actionem [6] non possit invito reo: etsi maxime forum rei, aut alioqui proprium eius iudicem sequatur. Nam & reo ibi ubi iudicium acceptum est constituta est eius loci iurisdictio, cuius commodum ei invito adimi non potest. Quamobrem ipso desiderante recte ipse quoque actor alibi agere instituens revocatur ad superiorem definitionem, iubeturque pati, ut iudicium ibi finem accipiat, ubi acceptum est. Non eadem necessitas, ut existimo, eodem in loco retinendæ actionis imponitur ei actori, qui reum in ius vocavit, nec processit longius. Nam cum vocatus nondum venerit ad iudicem, aut nondum per litis contestationem subierit iudicium iudicis, ad quem vocatus est, eiusque iurisdictionem hoc modo suam fecerit; nihil habet omnino cur reus iurisdictionem sibi retineat, quæ illius non est. Proinde quominus ante litem contestatam ex [7] pœnitentia actoris recte vocetur alio, ubi alioqui ex iure communi forum habet, nihil

5) Ubi verba *post susceptam cognitionem*, litis contestationem arguunt, Govean. *ibid.* n. 1. Vult. *ad L. 4. C. de iurisdict.* n. 32. contra Zas. *ad d. L. pen.* n. 16. & Coras. n. 4.

6) Quo & respicit *L. 4. C. de iurisd.* Ex ratio tum ex iudice ne desultoria levitate adito alio illius spernatur auctoritas, iure publico constituta: tum ex litigatoribus, quia litis contestatione, quæ iudicio initium præbet, quasi contrahitur, a quo quasi contractu altero invito recedere non licet, Vult. *ad d. L. 4. n. 11. & seq.*

7) Convenit Zang. *d. C.* 1. *n.* 81. Actori eligendi facultatem tribuens, donec lis contestetur. Antea variatio libera arg. *L. 112. pr. de V. O.* Sed nec propter litis contestationem electio amittitur, contra *L. nemo* 87. *de R. I.* verum propter electionis necessariam remissionem. Iure vero Canonico quo utimur, idem effectus solius citationis, ait idem *n.* 84 & Friden. *Lib. 1. de Process. extr. C.* 43. *n.* 1. Unde sola citatione litis pendentiam ac præventionem (plerumque enim confundi solent) induci scribunt, ut citatus primo ab uno iudice, cuius de eadem caussa

nihil est impedimento. Ideo consulto definitio superior concepta est de iudicio non quovis cœpto aut instituto, sed accepto: dum hoc intelligi volunt veteres, definitionem quæ generalis erat, & utrumque litigatorem complectebatur, in iudicio accepto locum habere posse; in eo quod institutum tantum esset, non posse. Nec vero hoc iudicium removendi alia caussa esse potuit, quam quod in eo non potest exigi ab actore, ut quo loco semel reum in ius vocavit, ibi & iudicium patiatur manere: cum hoc contra a reo vocatione prævento recte exigatur.

VIII. Secunda accepti iudicii vis est, nata ex priore, qua placet, ut quemadmodum in ipso iudicio cœpto, sic & hoc finito litigatores in coniuncto tanquam in eodem iudicio retineat. Coniuncta iudicia in hac re habita sunt duo, iudicium possessionis & proprietatis. De his exstat constitutio Constantini in *L. nulli, C. de iud.* huc pertinens, qua cavetur, quo in loco prius de possessione actum est, quicunque is erit locus, etiam eo loco de proprietate rei agi debere, etiamsi rebus integris reus ibi se defendere non cogeretur; puta, quia res alibi sita esset. Et additur ratio in eadem constitutione, quia [8] continentiam caussæ dividi non oportet. Continentiam [9] vocat coniunctionem & connexionem horum iudiciorum. Quæ & re vera ita coniuncta sunt, ut pro uno verius habeantur, unde & constitutio non continentiam caussarum vocat quasi in diversis, sed caussæ, tanquam in una eademque caussa. Et merito. Omnis enim de possessione controversia eo spectat, ut sit hine gradus ad petitoriam actionem: dum hoc agitur, ut constituatur, uter sit petitor, uter possessor: sine quo ad petitoriam actionem, idest, ad actionem in rem de proprietate perveniri non potest, *§. retinendæ, Inst. de interd.* ut vere quis dixerit [10] iudicium de possessione initium esse, & tanquam vestibulum petitoriæ actionis. Hæc est illa coniunctio caussæ, quam hic dividi lex vetat: dum hoc statuit utriusque controversiæ unam caussam, unum iudicium esse. Quod si ita est, merito quod uno iudicio cœpto fieri diximus, id receptum est & in coniuncto, tanquam in parte unius eiusdemque iudicii.

IX.

caussa iurisdictio, posteaque ad alium vocatus, exceptione præventionis seu litis pendentiæ obiecta, huius cognitionem defugere possit, Gail. 1. *Obs.* 74. *n.* 18. P. Wesenb. *Cons.* 16. *n.* 50. Myns. *Dec.* 3. *Resp.* 24. *n.* 21. Decian. 4. *Tr. crimin.* 21. Marta *de Iurisd. P.* 2. *C.* 3. Monach. *in C. proposuisti pen. de foro comp. n.* 4. *& seqq.* & *Pract. Iudic. P.* 2. *Tit. de Prævent. C.* 3. Zang. *P.* 2. *de Except. C.* 3. *&* *C.* 12. Vultei. *ad L.* 2. *C. de iurisd. n.* 12. *& ad L.* 4. *C. d. t. n.* 30. Quod & Cuiac. 13. *Obs.* 11. ex constitutione quadam Græca, quæ iam in Codice habetur *L. ult. C. de in ius voc.* probat. Male vero illi nituntur *L.* 7. *hoc tit. & d. C. proposuisti pen. de foro comp.* Quia utrobique necessitas manendi in iudicio reo iniungitur, non actori. Sicuti nec argumentum hoc, quod ante litem contestatam nulla proprie sit lis, ideoque nec pendens dici possit, vere elidit. Resp. Vultei *d. n.* 30. quod proprietas illa, ad iudicii instructionem pertineat. Quoad iurisdictionis autem exercitium nil referat, lis dicatur ante litem contestatam, an controversia. Ut tamen lis ex citatione ante litis contestationem pendere, dicatur, hæc requirit Mynsing. 4. *Obs.* 26. Ut citatio apta, a iudice competenti perfecta, ad reum pervenerit, aut per eum factum ne perveniret, ex eaque litis specimen ac forma cognosci potuerit, ac a nuncio legitime insinuata sit. Quod si caussa citationi non inserta, litis pendentiam non prius induci, quam si actor in termino comparuerit, & libellum porrexerit, Zang. *d. C.* 11. *n.* 2. Sane antequam citatio emissa, actor poterit alium adire, & tunc uter prius citaverit, eius iurisdictio alteram præveniet, Zanger. *d. C.* 3. *n.* 8. Sed & si reus contumax fuerit in iudicio, quo agi cœptum, exceptione hac non tuebitur, Zanger. *d. C.* 3. *n.* 5. Monach. *d. Tit. de Prævent. C.* 3. *n.* 5. post Bart. *in L.* 30. *h. t. n.* 3. Hipp. de Marsil. *Sing.* 239. Hinc Coler. *Decis.* 280. *P.* 2. conventum prius loco destinatæ solutionis, nec sui copiam facientem, si deinde adeatur iudex domicilii, exceptione hac non defendi, aut ad illum locum revocare posse, ne sua ipsi contumacia prosit. In executivis quoque huic iuri locum non esse volunt, sed actori variationem licitam: Ac pendente executione coram uno, posse alium adiri ac diversa remedia intentari sine metu, exceptione litis pendentis. Veluti si quis in possessionem missus, potest etiam capturam petere, nec pendentia litis super uno præiudicat alteri. Trentacinq. post alios *Lib.* 2. *Resolut. pract. Resolut.* 19. *de Iudiciis.*

8) Cuius tamen alia ratio, quam præventæ iurisdictionis, Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 32. Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 26. *n.* 13. *& seq.* Continentes enim & connexæ caussæ dicuntur quæ communem rationem habent, ob quam una sine altera plene & liquido cognosci nequit. Quod tribus modis fieri, docent Gœd. *d. C.* 1. *n.* 29. *& seqq.* Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 32. *n.* 14. Hackelm. *Disp. Pand. ult. P.* 2. *Th.* 11. *& seqq.* (1) Ob cognatam facti iurisque cognitionem. (2) Ob præiudicium. (3) Ob generalitatem actionis & caussæ, quæ facit, ut rei diversi fori coram uno omnium superiore recte conveniantur. Ea quo capite de caussis in prima instantia ad Cameram non pertinentibus, quotidie impetrari processus, Vult. *ad L.* 4. *C. de iurisd. n.* 27. Alii quadruplicem faciunt continentiam, vid. Paurmeist. 2. *de Iurisd.* 4. *n.* 111. Et de hac materia Menoch 2. *Arb. C.* 95. *& C.* 371. ubi de pœna contra facientis. Wesenb. *ad L.* 10. *C. de iudic.* Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *f.* 59. *& seqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Resol. pract. Res.* 3. *de Iudic.* P. Frider. *de Process. extrah. Lib.* 3. *de Contin. causs. &c.*

9) Continens enim vocamus quod coniunctum est, ut continentia ædificia *L.* 2. *L.* 87. *de V. S.* Duar. *de Iudic. C. de Var. Iudic. precept. f.* 163. P. Frider. *d. Lib.* 3. *C.* 1. *n.* 4.

10) *Cap.* 1. *extra de Cap. propr. & poss.* Non obstat *L.* 12. *§.* 1. *de acq. poss.* Significat enim harum rerum diversa esse iudicia, eoque respectu dissentire, non autem quoad fori competentiam, Zanger. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 111. Et origine sua hæ caussæ separatæ: quoad usum vero procedendi, modum probandi, medium perveniendi ad dominii certitudinem, eiusque decisionem connexas habent partes, Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 53. A. Fab. 20. *Coniect.* 7. *d. L.* 10. *C. de Iudic.* restringit ad casum quo iudex datus ab eo, cuius iurisdictio de utraque possessionis & proprietatis caussa competens, alterutri vero privilegium fori est per verba, *ex beneficii prærogativa*. Quod si iurisdictio non competens in utroque negocio, absurdum non esse caussam dividi. Sicuti in caussis rerum spiritualium de possessione cognoscit laicus, de proprietate ecclesiasticus, & convenit Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 32. Sic nec eum, cui mandata est iurisdictio, in caussa possessorii, cognoscere posse de caussa petitorii, Bocer. *de Iurisd. C.* 6. *n.* 41.

IX. Tertia vis iudicii accepti & præcipue animadvertenda ad actorem proprie pertinet. Qua fit, ut iudicio accepto subiiciatur actor [11] mutuæ petitioni rei in eo loco

11) Quæ a DD. Reconventio vocatur, qua fieri Prorogationem iurisdictionis necessariam, docent Maranta *Specul. P. 4. Distinct.* 6. *n.* 30. Matth. Steph. 1. *de iurisdict.* 21. *n.* 36. quam legalem nuncupat Paurmeist. 2. *de iurisd.* 7. *n.* 63. ICti dicunt invicem agere & petere. Et usu iuris mutuæ actiones & petitiones *L.* 1. §. *ult. Quo sent. si appel. L. 34. de Procur. L. 15. de exc. rei iud. L.* 11. §. 1. *de iurisd. L.* 38. *Mand. L.* 1. §. *ult. de extr. cog. L.* 6. *C. de compens. L.* 1. *C. Rer. amot. tit. extra de mut. petit.* Etsi has latius patere velit A. Faber, cum & diversis iudiciis agitari possint. Cuius, conventiones hasce angustissimis finibus includentis sententia, cum speciosa pariter sit atque ab omnium interpretum opinione aliena, non temere fuerit, si brevem eius & perspicuam summam hic inserendo, lectoris sinceri iudicio & collationi exponam. Ita igitur Faber 20. *Coniect.* 5. Iuri veteri incognitæ reconventiones, ad usque Papinianum. Quia olim lite contestata dabatur iudex præscripta formula, qui non poterat esse competens in reconventione, quippe in eam caussam non datus. Ergo si reus contra agere volebat, nova actione instituta, id fiebat, alio iudice accepto, etsi quandoque idem daretur ex iusta caussa, ut *L.* 1. *&* 2. *De quib. reb. ad eund. iud.* Ubi mutuæ quidem actiones, sed non reconventiones, verum diversæ inter se & diversis iudiciis, etsi apud eundem quandoque (quia non idem iudicium) agitandæ. Reconventio autem non omnis mutua actio, sed quæ & diversa, & eodem iudicio exercetur. Addit *C.* 8. olim de duabus actionibus unum iudicium fieri non potuisse, quia idem erat dictare iudicium, & dictare actionem, & obsistebat ratio *L.* 23. *de iudic.* Quare pergit *d. C.* 5. in iudiciis divisoriis nulla reconventio, quia ibi unica actio, sui natura duplex. Et *L.* 1. §. *ult. Quo sent. si appell.* de mutuis petitionibus loquitur, at non de reconventione, quia ibi agitur de duabus sententiis, diverso tempore prolatis. Primus Papinianus reo indulsit, ut actorem reconveniret, modo ex negocio mutua actio proficisceretur. Non ea ratione iuris, quæ adversa ut supra, sed æquitatis, quæ in *d. L.* 14. *C. de sent. & interloc.* ita tamen ut non tollat exceptionem incompetentiæ iurisdictionis, ut DD. omnes, sed iudicis tantum. Hæc enim sola removetur *d. L.* 14. *vers. nulla opponenda*, quia tempore Papiniani iudex alius, a ius dicente. Ergo, Papinianus intelligi non debet nisi de iudice pedaneo, dato ab eo, cuius iurisdictio competens. Nec eadem ratio facit, ut actor in reconventione subiiciatur incompetenti alias magistratui. Quando nihil ei imputari potest, quod eum adierit, enim, ex iuris ordine *L.* 2. *C. de iurisdict.* alium adire non licuerit. Nec dici potest prorogata iurisdictio cum quod quis ex necessitate facit, inde consensus inferri non debeat. Accedit quod agendo conditio non fit deterior *L.* 86. *& seq. de R. I.* Quoad iudicem vero pedaneum imputari potest, cur eum elegerit vel sortitus fuerit, quia facere poterat, ut alius daretur. Hoc igitur vult Papinianus supposita competenti iurisdictione (si uterque litigans eiusdem fori, ac iudex datus Caio actori contra Titium reum ab eo prætore, qui idem Titio agenti contra Caium iudicem dare potuit) tolli incompetentiam iudicis, quasi tacite prorogata notione, ultra quam verba formulæ paterentur. Modo tamen reconventio sit de eodem negocio, super quo iudex datus. Veluti si petentem 100. actione venditi, reconvenis actione empti ad id, quod interest fundum liberum esse, qui servus forte vel pigneratus. Non si de alio: ut si 100. petentem ex stipulatione reconvenis ex caussa mutui. Atque hæc ex sententia Papiniani. Sequitur *Cap.* 6. Quam Iustinianus auctam voluit *d. L.* 14. In quo auxerit *ibid.* obscurum. Videtur quod Papinianus eo casu admiserit, quo reus absolvi poterat. Iustinianus amplius etsi nec condemnaverit, nec absolverit reum iudex, in solum actorem posse ferri sententiam. Inter quæ interest: Illic tantum plus facit iudex, quam formula tribuit. Hic vero nihil eorum, quæ formula præscripta sunt. Plane magis extendit Iustinianus in *Nov.* 96. *C.* 2. *Authent. & consequenter Cod. d. t.* Dum hæc nove constituit. Pro actore duo (1) Ut non possit reconveniri apud alium, nisi finita lite conventionis. Olim vero licitæ mutuæ petitiones apud diversos, eodem tempore, ut ex *d. C.* 2. apparet. Unde incommodum protractionis litium. Tametsi & olim qui prior vicerat, executionem non impetrabat, nisi altera quoque lite finita *d. L.* 1. §. *ult. Quo sen. si app.* (2) Ut si apud eundem iudicem reconveniretur in diverso negocio possit eum intra 20. dies, si forte suspectus, recusare, contra iuris rationem, qua semel approbatus, recusari deinde, nisi ex nova caussa, non potest. Sed ex quo inductum, ut reconventio teneat quoque super diverso negocio, ita statui convenit, quia non suspectus in uno negocio, potest esse in alio. Pro reo hoc unum, quod etiam de alio negocio vicissim recte agit apud eundem, modo is non recusetur, ut antea. Quanquam ex Haloandrina versione *d. Nov.* 96. *C.* 2. accipi debet de recriminatione, seu mutua accusatione. Sive autem de hac loquatur, sive de reconventione civili, restringi debeat ad eum casum, quo iudex de utroque negocio ab eodem magistratu dari potuit, seu quo dantis iudicem de utraque caussa & in utramque personam iurisdictio. Subdit idem *C.* 7. non obsistere *d. L.* 22. *h. t. de iudic.* ubi verba *in aliquo loco*, arguunt incompetenti etiam iurisdictioni actorem ex reconventione subiici. Nam resp. loqui eam non de eo, qui non potest ibi iudicium pati, ubi magistratus incompetens, nisi expresse consentiat iurisdictionem prorogando, sed qui *non cogitur* ex privilegio scilicet (militiæ vel sacerdotii *L. pen. C. de pact.*) habens præscriptionem fori, quæ iurisdictionem competentem (sicuti exceptio actionem) præsupponit. Pone: Miles civis Romanus alium civem convenit coram prætore urbano. Reconvenitur. Q. An eadem fori præscriptio, quæ esset si reus ultro convenisset? Neg. *d. L.* 22. sed ad eundem iudicem mittendus, scilicet si iurisdictionem habeat in litigantes, qui ad eum mittit. Ergo reconventio tollit privilegium fori, non tamen competentem iurisdictionem facit. Quanquam Faber *cit. seq.* 8. vix secum in hoc convenit, scribendo *d. L.* 22. non de reconventione loqui, sed de diversitate iudiciorum, quamvis in eodem loco exercendorum. De qua speciosa sane, & quæ facile aliquem turbare saltem possit, at ab omnium interpretum traditionibus, & iudiciorum usu nimium quantum abhorrente sententia, malo te, Lector, iudicium pro libitu facere, quam accuratius singula expendere. Unum istud paucis, hasce me argutias a recepta opinione non abducere. Quas vel inde convelli puto, quod iure novo *L.* 2. *C. de pedan. iud.* potestas dandi iudicis restricta nimis, ipsisque magistratibus cognoscendi iuncta necessitas, ut *infra Cap.* 22. Nec igitur congruit vel *d. L.* 14. vel *d. Nov.* 96. *C.* 2. de iudicibus datis accipere, cum & magistratus passim iudices vocari legamus, etiam mediæ prudentiæ ætate, vid. *infra C.* 21. *N.* 3. maxime vero Iustiniani sæculo, & *d. C.* 2. vocet iudices *gloriosissimos*, quod epitheton maioribus magistratibus, minime vero pedaneis iudicibus, convenit. Quin imo ex reconventione actorem iurisdictioni subiici probat *L.* 2. §. 6. *in fi. de iudic.* Et quanquam ad hoc regeri forte possit subiici illic iurisdictioni non plane alienæ, sed quæ declinari potest iure domum revocandi, iuxta ea, quæ *supra C.* 13. non tamen video quæ maior ratio faciat, ut privilegium fori reconventus amittat, & quid hic potius actori imputari possit, quod reum coram eo magistratu, apud quem reconvenitur, lite pulsaverit, quam quovis alio casu quo magistratus illius iurisdictio, apud quem conventionis lis intentatur, ab actore, si prior ipse conveniretur, non declinari tantum potest, sed omnino incompetens. Utut sit hoc certe constat ex *d.* §. 6. defendere se reconventum cogi non tantum in iudicio apud pedaneum, sed & in iure apud magistratum. Et *d. L.* 22. probat excipi actiones reconvenientis apud magistratum, & deinde mitti ad iudicem litigantes, seu de utraque actione dari unum iudicem, unumque iudicium constitui. Quin ergo vetus iudiciorum ordo & ritus magis Fabro obsistit. Cui conveniens fuit, ut sicuti aliæ exceptiones ab initio nominatim contestandæ, atque ita in iure ante iudicium acceptum proponendæ, nisi naturæ actionis inessent, ut in actione bonæ fidei vid. *infra Lib.* 22. *C.* 8. ita & mutua actio coram ipso prætore proponeretur, & deinde super utraque unum iudicium constitueretur. Adeoque tantum abest, ut coram pedaneo iudice solum tenuerit reconventio tempore Papiniani, ut nec unquam coram eodem exerceri potuisse, nisi proposita antea coram magistratu, qui iudicem dedit, & nisi nominatim quoque is ad caussam reconventionis datus, verius existimem. Formulæ enim præscriptum veteri iure ita præfracte custoditum, ut vix eidem, æquitatis obtentu, vim facere ausum fuisse Papinianum probabile sit. Et generalis est decisio *d. L.* 22. *h. t.* Ubi verba *non cogitur* æque conveniunt ei qui incompetens, quam cuius iuris-

loco in quo actor litem movit, quanvis prius [12] ibi iudicium pati non cogeretur. Id autem est, quod comprehensum est alia definitione, quæ exstat in *L. qui non cogitur*, 22. *D. de iud.* in hæc verba: *Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, & ad eumdem iudicem mitti.* Ut puta: civis Coloniensis egit Antuerpiæ cum cive Antuerpiensi, quod is ibi domicilium haberet, aut obligatio ibi esset contracta. Si mutua petitione conveniatur actor ab eo cum quo agitur de eo quod Coloniæ forte contractum erat; ibi se actor eo nomine defendere debebit apud eumdem iudicem, quanvis alioqui rebus integris Antuerpiæ iudicium pati non cogeretur, eo quod neque ibi domicilium haberet, neque de re ibi contracta conveniretur.

X. Quod ius admodum iniquum videri potest, nisi eius ratio explicatur. Nam primum constat iudicio nondum cœpto neminem de re contracta defendere se usquam cogi, nisi ubi domicilium habet, aut ubi contraxit. *L. heres*, §. 1. *D. de iud. L. 2. C. de iurisd.* Necesse est igitur, ut si iudicio accepto actor alio loco conveniri potest, puta in quo nunc agit, nova aliqua iusta caussa intervenerit, quæ eum iurisdictioni eo loco subiiciat. Atqui quod quis egit cum debitore suo, ubi is forum habebat, non videtur, ullam huiusmodi idoneam caussam habere. Nam si qua hic idonea caussa est, quæ illi noceat, videtur esse debere horum alterutrum, vel quia culpa illi imputari possit, quod eo loco egerit, ubi nunc mutuo convenitur, vel quia agendo in eumdem iudicem consenserit. Quorum neutrum illi iure obiici potest. Nam primum quæ culpa esse potest in eo, qui ius suum prosequitur frustratione debitoris coactus? Et quod in ea petitione sequitur forum rei, ubi instituit actionem, in eo multo minus eius ulla culpa est; quoniam iure actor forum rei sequi cogitur. *L. 2. C. de iurisd. L. ult. C. ubi in rem act.* Nulla culpa est in eo, qui parere necesse habuit. *L. non videntur*, §. 1. *D. de reg. iur.* Qua ratione nec potest videri in iudicem consensisse, qui iure coactus iudicem secutus est. *L. 2.* in pr. *D. de iud.* Quare omni caussa sublata, cur qui alicubi egit, ibi mutuæ petitioni adversarii respondere debeat, cum prius non cogeretur, quid relinquitur, nisi ius iniquum esse, si propter iudicium a se institutum ibi se defendere cogatur? nisi forte aliam caussam huius iuris obtendimus. Et res ita habet omnino: si ob id tantum quod quis ibi egerit cum reo, ubi iure cogebatur, ibi cogatur excipere adversarii actiones, negari

iurisdictio ex privilegio detrectari potest, cum & illius iudicium ex consensu subiri possit. Et immo verba, *in aliquo loco*, de incompetenti cum primis loqui IC. convincunt. Quia iudices proprii ecclesiasticorum, militum &c. non in alio sed eodem territorio habentur. Denique *L. 1. §. ult. de extr. cog.* de mutuis petitionibus præsides cognoscere posse diserte traditur. Quod si ita accipi velis, modo uterque litigans eiusdem provinciæ & fori sint, responsum dubium & Iurisconsulto indignum reddetur &c.

12) Adeo ut & in Clericis, etsi ex consensu alias iurisdictionem laici prorogare nequeant, reconventionem coram iudice sæculari, modo caussa non sit spiritualis, crebrius admittant, usuque fori servari testentur Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Mut. petit. Resol.* 1. *n.* 32. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 5. *n.* 18. Maranta *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 53. Io. Petr. Molignat. *de Reconvent.* *Q.* 32. Gail. 1. *Obs.* 37. *n.* 6. Zanger. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 133. Chilian. Konig. *Process. P.* 3. *Cap.* 1. Vinc. de Franch. *Decis.* 193. & 349. Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 7. *n.* 63. & *seq.* P. Frider. *de Process. extrah. Lib.* 3. *Cap.* 6. *n.* 6. Busius *ad L. 1. de Iudic. n.* 26. Marta *de Iurisdict. P.* 4. *Cent.* 2. *Cas.* 167. ubi communem hanc declarat & restringit. Diss. post alios Ant. Fab. 20. *Conject.* 7. quia, ait, separatæ plane iurisdictiones & iurisdictionum incompetentia reconventione non tollitur, quod iam reprobavi. Et Clericus nec volens se subiicere potest iudici laico expresse nedum tacite. Ad quod resp. hanc prorogationem non ab homine fieri, sed a lege. Molignat. *d. loc.* Studiosum tamen coram urbano magistratu contra civem agentem reconveniri ibi non posse, firmat Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisdict. P.* 2. *Cap.* 12. *n.* 48. & *seqq.* tametsi civem coram Rectore agentem ibidem ut excipiat actionem teneri pluribus contendat *d. C.* 12. *n.* 18. & *seqq.* nec tantum si caussa reconventionis priori coniuncta, sed etsi aliud negocium contra Pac. *in Auth. habita Cap.* 9. *n.* 15. vid. & Rebuff. *Privileg. Schol.* 160. Molignat. *de Reconvent. Quæst.* 30. Cæterum Reconventionem institui recte volunt etiam coram delegato. Quod iure Canonico expeditum *Cap.* 1. & 2. *extra de mut. petit.* quia ratione connexorum, tacita una caussa reconventionis mandata censetur. Quanquam plures id sic accipiunt, si ad instantiam actoris unius impetratus sit. Secus si vel utriusque consensu acceptus, vel motu Principis proprio datus, quia tunc ratio quæ *in d. L.* 14. cesset, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *Obs.* 3. Molignat. *Q.* 24. & *seqq.* Maranta *d. Dist.* 6. *n.* 13. Sichard. *ad d. L.* 14. *n.* 8. *in fin.* Trentacinq *d. Resol.* 1. *n.* 46. & 2. *seqq.* Quam distinctionem reprobant Menoch. *Arb.* *Q.* 44. *n.* 6. Monach. *Pract. iudic. P.* 5. §. 8. *Cap.* 3. *n.* 2. & *ad Rub. extra de mut. pet. n.* 5. P. Frider. *d. Cap.* 6. *n.* 12. Sic & in iurisdictione prorogata distinguunt Molign. *Quæst.* 26. Mar. *d. loc. n.* 23. ut teneat reconventio si facto actoris prorogata sit, non si communi partium consensu. At vix convenit ut rei consensus accedens reconventionem impediat. Sane, iuris civilis ratione inspecta, coram iudice quidem pedaneo mutuas petitiones exerceri non potuisse, nisi & ad eas addictus, verius puto ut *N. præced.* Quoad mandatarium vero iurisdictionis libenter distinguerem, iuxta ea, quæ not. *supra Cap.* 10. *N.* 15. Illud convenit coram arbitro ex compromisso sumpto reconventioni locum non esse *Cap. cum dilectus* 6. *extra de arbitr.* Facit *L.* 46. & *L.* 50. *D. de rec. arb.* Menoch. *d. Quæst.* 44. *n.* 12. Molign. *Quæst.* 23. Monach. *d.* §. 8. *Cap.* 3. *n.* 3. Mar. *d. loc. n.* 20. ubi aliud statuit in arbitro iuris, qui electus sit ex necessitate statuti iniungentis forte compromissionem in caussis cognatorum, &c. Molignat. *Q.* 23. diss. Ioan. de Arnono *Singul.* 95. Quod si actor respondere renuat, audientia ei super conventione denegatur. Mar. *d. loc. n.* 9. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 7. Molign. *Quæst.* 96. ubi amplius *Q.* 97. si hoc non curaverit posse præcise cogi, quia nec si a lite conventionis desistere velit, etsi ante litem contestatam, iurisdictioni se iudicis in reconventione eximat, add. Menoch. *d. Q.* 44. *n.* 5. Trentacinq. *d. loc. n.* 33. Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 7. *n.* 64.

ri non poteſt, quin ſit iniquiſſime comparatum: quomodo enim quod iure fit, atque adeo quod fit iure cogente, id facienti noceat, quod dum iure utimur, & iubenti obſequimur, potius prodeſſe debuit? omnia iura reclamant. *L. Gracchus, C. de adult. L. illud, D. de her. pet.* Adde illud de litis conteſtatione tritum, neminem perſequendo, & litem conteſtando deteriorem cauſſam ſuam, ſed meliorem facere. *L. non ſolet, L. nemo enim, D. de reg. iur.*

XI. Sed huius iuris alia cauſſa eſt plena [13] æquitatis, quæ indicatur in *L. neque D. de reg. iur.* Eſt autem hæc, quod in omni iudicio, ubicunque & quocunque iure illatum ſit, ſemper reus iuſte æquitatem compenſationis poſtulat. Mutua autem [14] petitio rei huius ipſius compenſationis cauſſa inducitur: eo enim ſpectat,

13) Molign. *de Reconvent. Quaſt.* 3. Si ſuper eodem negotio reconventio: ratio naturalis eſt, quia defenſio quædam eſt, & continentia cauſſæ non dividenda. Sin ſuper diverſis rebus aut cauſſis, aut reus conventus coram iudice utrique communi ad certam quantitatem, & reconventio tenet de maiori etiam quantitate *L.* 11. §. 2. *de Iuriſdict.* vel eo qui ea privilegio declinari potuit, ac idem eſt *L.* 2. §. 5. verſ. *etſi h. t.* Aut coram iudice ordinario rei, qui actori penitus non ſuus, & hoc caſu iure antiquo nulla reconventio. Ex *d. L.* 14. vero facultas reconveniendi, non neceſſitas. Denique ex *Auth. ſeq.* etiam neceſſitas, ſi velit agere, lite pendente, ut & iure Canonico. Et ita quoque triplicem iuris veteris, novi & noviſſimi variationem notat Mathefilan. *ad L.* 14. *C. de ſent. n.* 3. Et ratio hic contra actorem una, quia iudicis arbitrium agendo obſervat, *d. L.* 14. Aliud igitur ſi de neceſſitate, aut voluntate utriuſque eum adiit: contra reum alia, ne actor ad diverſa iudicia trahi & pluribus inſtantiis perturbari poſſit, ita Molignat. Atqui *d. L.* 14. loquitur de reconventione in eodem negocio, ubi ratio ibi adducta conveniens, quia etſi neceſſitate iuris aditus iudex rei: tamen quando cauſſa mutua petitionis, non diverſa & ſeparata eſt; nihil cauſſæ eſt, cur cognitionem eius iudicis de illa defugias, cum ipſiuſque actoris interſit litem potius utramque uno iudicio terminari, quam pluribus, nullumque periculum ipſi metuendum ſit. Plane ſi diverſa cauſſa reconventionis, rationi iſti *d. L.* 14. locus vix erit; ſed illi, quæ in *Nov.* 96. *C.* 2. *princ.* ne lites fiant immortales. Quam & rationem reconventionis eſſe cenſet, Anton. Fab. 20. *Coniect.* 6. potius quam reorum favorem, eo quod reo faveatur in dubiis, non quando certum eſt eum iure conveniri. Alia ratio Molignati *Q.* 11. quia reconventionis cauſſa incidens. Ergo apud eundem tractanda firma non eſt per ea, quæ *ſupra C.* 9. *N.* 21. Et qui dicetur incidens, quæ ſeparata ſæpe & diverſa?

14) A compenſatione tamen omnino alia eſt, quæ obtinet, ſi debitum utrinque liquidum, & ex utraque parte quantitas debeatur. Hic vero etſi reus actori nihil debeat, reconventio tenet, itemque etſi mutua petitio ſit ad ſpeciem. Caſuſque varii quibus locus non eſt compenſationi, huic vero ita. Maranta *Q.* 4. *Diſt.* 6. *n.* 6. Suarzenthal. *Proc. iudic. Lib.* 1. *Actu iudic. præpar* 4. *Cap.* 1. *n.* 5. Tonning. *Deciſ.* 16. *n.* 21. *& ſeq.* Monach. *Pract. iudic. Part.* 5. §. 8. *C.* 1. Contra iure Saxonico reconventio non obtinet: compenſatio vero ſic. *Nov. Elect. Sax.* 8. *P.* 1. ubi Moll. *n.* 1. in cauſſa tamen depoſiti Reconventionem æque negat, Molig. poſt alios de *Reconvent. Q.* 43. quod declarat Mar. *d. loc n.* 39. ut tamen teneat quoad prorogationem &c. Alias reconventionem de omnibus cauſſis fieri poſſe, niſi exceptæ ſint (Exceptas autem volunt quæ celeritatem requirunt, maxime ſi animæ periculum vertatur. Monach. *d.* §. 8. *C.* 4. *n.* 2.) regulam tradunt Molig. *Q.* 37. Maranta *d. Diſt.* 6. *n.* 35. modo tamen iudicis iuriſdictio ratione cauſſæ, vel rei, quæ reconventione continetur, fundata ſit. Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 133. vel ſaltem is de ea cauſſa ex conſenſu partium vel prorogatione alias iudicare poſſit, veluti Procurator Cæſaris de lite privatorum *L.* 1. *C. de iuriſd.* Municipales magiſtratus de cauſſis maioris ſummæ *L.* 11. §. 2. *eod.* Idemque in iudicibus certorum negociorum veluti mercatorum &c. vid. ſupra *C.* 9. *N.* 16. admittunt Molignat. *Q.* 29. Trentac. *d. Reſol.* 1. *n.* 58. Mar. *d. loc. n.* 28. Secus ſi cauſſa eius notionem plane reſpuat, ut cauſſa eccleſiaſtica iudicis ſæcularis, ſive clericus ſive laicus de ea reconveniatur, ut ſi conventus actione venditi velit reconvenire de conſummando matrimonio, Zang. *d. loc.* Wurmſer. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *Obſ.* 5. Molignat. *de Reconvent. Quaſt.* 57. *& ſeq.* Item ſi apud iudicem civilium cauſſarum reconveniatur de criminali, Maranta *d. Diſtinct.* 6. *n.* 33. Num vero alias in criminalibus reconventio recipiatur, & quomodo; vid. Molignat. *Quaſt.* 60. *& ſeqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. Tit. de mut. petit. Reſol.* 1. *n.* 38. *& ſeqq.* Maranta *d. loc. n.* 56. *& ſeqq.* Plane coram iudice appellationis non tenet reconventio, vid. Molignat. *Quaſt.* 35. *& Quaſt.* 49. Maram. *d. loc. n.* 24. *& ſeqq.* P. Frideric. 3. *de Proceſſ. extrahen. Cap.* 6. *n.* 15. *& ſeq.* Poteſt autem tunc coram alio iudice pendente appellatione adverſarius conveniri, Wurmſer. *d. Tit.* 12. *Obſerv.* 7. In realibus quoque actionibus hanc admittunt DD. Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 46. *n.* 8. Monach. *Pract. iudic. Part. quinta*, §. *octavo n.* 2. quos oppugnat Anton. Fab. 20. *Coniect.* 8. contendens id, nec obtinere *ex ratione iuris*, tum quia hic res convenitur quæ reconvenire nequit, etſi reus eſſet poſſeſſor, tamen voluntarius, cum actionem in rem pati nemo cogatur *L. ult. de R. V.* Neque itaque ſubveniri ei, qui ſe periculo obiecit, tum quia poſſeſſor quoties vincitur, malæ fidei eſt, etſi ante litem conteſtatam bona fide poſſederit. Nemo autem ea improbitate actionem conſequi debet *L.* 12. §. 1. *de furt.* Quod ſi poſſeſſor vincat, actorem, dominum non fuiſſe, neceſſe eſſe, quo caſu nulla vindicatio eſt, nec tam male quam nihil actum. Neque itaque reconventioni locus, quæ conventionem præſupponit. *Nec ex ſententia Papiniani* (1) per *d. L.* 14. *C. de ſent. & interloc.* in vocula *obnoxius*. (2) Quia is non admiſit niſi pro eodem negocio *d. L.* 14. *in fin.* Realis actio non ea negocio, ſed dominio actoris & poſſeſſione rei. (3) Quia ratio Papiniani ceſſat, quod iudicem elegerit, quia hic neceſſe eſt agere loco rei ſitæ, nullo facto voluntario, unde illa neceſſitas, præcedente. In perſonalibus cogitur itidem actor in foro rei experiri, ſed ideo quia cum eo contraxit, ad quod non cogebatur. In hoc tamen non perſiſtit Faber: quia & in actione perſonali ſæpe nullam voluntatem præcedentem ſpectari agnoſcit, ut ſi agatur ex quaſi contractu, delicto vel quaſi. *Nec ex mente Iuſtiniani* Auth. *& conſequenter C. d.* 1. tum quia & is nomen negocii uſurpat, tum quia recuſatio illa intra 20. dies non convenit, cum iudex loci rei ſitæ ſolus competens ſit. Ad extremum facilius largitur, ut perſonali actione conventus in rem reconveniat, quam ut converſo caſu: Quia illic perſona convenitur & reconvenit; Hic res convenitur, quæ reconvenire nequit. Ita Faber: cui ſatisfieri poteſt. Nam quod rem reconvenire non poſſe dicit, argutia mera eſt, quæ vix turbabit cordatiorem. Quod ex *d. L. ult.* arguit alieniſſimum eſt. Actionem in rem ita defugere licet, ſi poſſeſſor conventus abdicare malit. Sic utique & actionem perſonalem invitus non ſuſcipit, ſi ſponte det, faciat, quod actor petit. Marc. Lycklama 4. *Membran.* 8. Error vero graviſſimus eſt, eo caſu, quo actor ſuccumbit, dominio non probato, nihil actum cenſeri. Hac enim ratione vis ſententiæ, & effectus rei iudicatæ, pro reo tollitur. Sicque pariter dici poſſet, nihil actum videri in perſonali actione, quando actor ſuam intentionem non implevit. Voculam *obnoxius* ad realem etiam actionem trahere, abſurdum non eſt, arg. *L.* 178. §. *ult. de V. S.* cum & obnoxius pro reo uſurpetur, in capitalibus. *L.* 10. *de relig.* ubi alia acceptio eſt, quam obligati: Et ut non poſſe largirer, dicerem exempli cauſſa, id verbi poſitum regulam non reſtringere. Plane voculam *negotium* pro lite quacunque ſæpe ſumi, notum eſt *L.* 3. *C. de in lit. dan. tut. L.* 3. *C. de fruct. & lit. expenſ. L.* 3. *C. de pedan. iud.* Sic legimus negotia liberalia *L.* 40. *C. de lib. ca.* ſtatus *L. ult. C. de ord cogn.* cum tamen actiones de iis, ipſo Fabro contendente, reales ſint, ut ſuo loco. Poſtremo neque hoc dandum, neceſſitatem agendi in loco rei ſitæ, tollere recuſationem iudicis ſuſpecti. Quin nec hic ſecum dogmata nova Fabri conveniunt. Nam ſi tota reconventionum materia ad iudices delegatos coarctanda, ut Faber falſo contendit, vid. *ſupra N.* 11. utique etiam

ctat, ut cum probatum erit actorem tantumdem reo debere, reus absolvatur. Quare & hanc petitionem in idem iudicium admitti ex eadem æquitatis regula recte reus postulat. Hæc ratio atque æquitas fiet certior, si naturam cuiusque iudicii, & mutuæ petitionis vim spectabimus. Omne iudicium ubicunque & quacunque occasione acceptum ut actionem actoris continet, sic multo æquius omnem rei defensionem admittit, quæ ad eum actione liberandum pertinet. *Inst. de exc.* At mutua petitio, quæ in eodem iudicio instituitur, initio inspecto petitio est; fine agendi [15] defensio. Huc enim pertinet, ut inducat compensationem mutuæ pecuniæ debitæ. Compensatio autem est liberationis genus, quo reus liberatus æquissimam defensionem habet, ne teneatur, & qua creditorem eumdemque debitorem suum petentem summovet. *§. in bonæ, Inst. de act. L. 2. D. de comp.* Natura ergo sua omne iudicium mutuam rei petitionem ut æquissimam defensionem admittit. Huc accedit, quod cum mutua petitio pro defensione cedat, non tam propter æquitatem in eodem iudicio admittenda est, quam necessario. Nam si defensio est, sit pars omnino eiusdem iudicii; quippe cum omne iudicium constet intentione actoris, & rei depulsione vel defensione. Quod si pars est, ut iudicium ipsum, sic mutua petitio tanquam iudicii pars incipit ad eiusdem iudicis cognitionem pertinere, omninoque ad illam constitutionem iuris referri debet, ubi acceptum est iudicium, ibi & finem accipere debet. Nam hoc de iudicio toto cum dictum sit, intelligere debemus iudicium semel cœptum, in eodem loco finem accipere debere in omnibus suis partibus, id est, & in intentione actoris, & in rei defensionibus omnibus: quo in genere haberi debet mutua petitio.

XII. Et vero mutua petitio ita hic admissa est, ut hac inducta non ideo putentur duo hic iudicia esse, ut sunt duæ petitiones; sed unum [16] ex utraque constans. Unde Iustinianus non dubitavit dicere in hac caussa non solum unum iudicium versari, sed etiam unum negotium; cuius ideo unum indicem esse debere confirmavit in *L. cum Papinianus*, in fin. *C. de sent. & interl. omn. iud.* Neque vero id intelligi parum ad vim & potestatem huius iudicii pertinet. Ea enim res facit, non tantum ut iudex idem mutua petitione cognoscere possit eodem loco, sed etiam debeat, & quidem ita, ut quemadmodum in uno iudicio fieri solet, debeat de [17] utraque re eodem tempore, & eadem sententia pronuntiare. Hinc illa recepta duo a veteribus in mutua petitione pro reo adversus actorem, quorum alterum reo tribuitur actore probante, alterum actore non probante. Prius hoc est, ut quanvis actor de intentione sua docuerit multo ante quam reus de sua, tamen iudex non [18] prius iudicare debeat, quam de mutua petitione rei constiterit; ut si constet ei nihil deberi, tum condemnetur; sin ei deberi, tum admissa compensatione absolvatur; aut si non debeatur pecunia invicem, alter alteri condemnetur, qui de compensatione inter se dispiciant postea, & ut videtur, rem componant. Quod si non expectata mutuæ petitionis cognitione iudex reum condemnarit, sententia nullius momenti est, ut sit alias, cum non toti controversiæ iudicii sententia sua finem imponit; aut certe, quod est tutius, potest ab ea sententia appellari; hoc in *L. 1. §. ult. D. quæ sent. sine app. resc.* Sed hoc ius vetus est, quod temperari oportet constitutione Iustiniani *L. ult. C. de compens.* Temperandum autem est hoc modo, ut actore

etiam in realibus, iudice recusato, litem in eodem loco, alio iudice a magistratu assignato, manere nihil impediret. Sed de his piget plura. Enimvero in caussis possessoriis reconventioni non semper locum DD. tribuunt, de quo adi Molig. Q. 66. *& seqq.* Marc. *d. Diss.* 40. *& seqq.* Trentacinq. *de Res.* 1. *n.* 18. *& seqq.* In extraordinariis cognitionibus admitti textus est *L.* 1. *§. ult. de extr. cog.* An & implorato iudicis officio? Molig. Q. 38. Marc. *d. loc. n.* 37. admittens si in formam iudicii, non per modum actus extra iudicialis. Num & in summariis caussis? Quidam indistincte affirmant per *Clem. sæpe §. verum de V. S.* Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisdict. P.* 2. *Cap.* 12. *n.* 36. *& seq.* Alii negant, Monach. *Pr. Iud. P.* 5. *§.* 8. *C.* 4. *n.* 6. Alii distinguunt ita, ut si utraque summaria, sine dubio hoc procedat. Sin altera ordinaria, teneat quoad prorogationis effectum, non autem quoad prosequutionem, ut simul utraque terminetur, Marc. *d. loc. n.* 38. Molig. Q. 44. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 13. Alii si prior caussa conventionis, sui natura summaria, & altera ordinaria, negant. Si vero illa rescripto delegationis effecta summaria, admittunt ita si & reus consenserit, Suarzenthal. *Lib.* 1. *Process. Actu* 4. C. 4. *n.* 3.

15) Nec tamen excommunicato permissa, *Cap. cum inter* 5. *de excep.* Quintil. Mandos. *in Cas. annal. n.* 96. P. Frider *de Process. extrah. Lib.* 3. *Cap.* 6. *n.* 4. Molig. *de Reconvent. Quæst.* 17. qui idem Q. 4. appellatione conventionis hanc quoque venire in statutis & pactionibus, ut si quis promisit defendere in caussa conventionis &c.

16) Utraque enim uno processu prosequenda, ut lite in una contestata sit contestanda in altera, simul in utraque calumniæ iuramentum præstandum, probationes, publicationes, conclusiones caussarum exercendæ, Suarzenthal. *Lib.* 1. *Proc. Actu præpar.* 4. C. 5. vid Molig. Q. 81. *& seqq.* & quando libellus hic necessarius vel non, Q. 14.

17) *Cap. in fin. extr. de mut. petit. Cap.* 2. vers. *quanquam in idem extra de ord. cogn.* Et unam sententiam dici quoad unicam scripturam, & prolationem, etsi duæ sint quoad intus dispositionem, docent Mar. *P.* 4. *Diss.* 6. *n.* 10. Molignat. Q. 88. *& seq.*

18) Quare etsi alterius expeditio facilior, priusve de illa liqueat, non tamen ante alteram definienda, vid. Toming. *Decis.* 16. diff. Maran. *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 11. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 9.

actore implente actionem suam, ita iudex de mutua petitione prius cognoscere debeat, si modo mutua petitio illata sit tempore litis contestatæ, aut non multo post. Quod si prope iam affecta & impleta petitione actoris reus iniiciendæ moræ caussa mutua petitione utatur, constitutio superior petitionem hanc in eodem iudicio [19] non admittit. Tum enim Iustinianus illa constitutione repudiat eam compensationem quæ ex caussa non liquida opponitur. Proinde & mutuam istam petitionem; quæ huc spectat, ut perveniatur ad compensationem. Quoties enim aliquid prohibetur iure, simul omnia prohibita intelliguntur, per quæ ad illud potest perveniri. *C. cum quid, de regu. iur. in 6.*

XIII. Alterum reo tribuit admissa in eodem iudicio mutua eius petitio, ut si actor non probet sibi deberi, non solum iudex debeat [20] reum absolvere, quod & sine mutua petitione eius futurum erat; sed etiam de mutua petitione cognoscere, & hac probata simul actorem reo condemnare debeat: quia scilicet utraque petitio unius & eiusdem iudicii fuerit. De hac re dubitatum est olim. Videbatur enim principaliter in iudicio versari tantum petitio actoris; ad quam removendam & consequendam adbibita esset petitio mutua tanquam defensio: ut proinde consequens esset & de principali ea petitione solum pronunciari debere, reum scilicet ea petitione aut teneri, aut non teneri: illic ut condemnaretur; hic ut absolveretur duntaxat. Papinianus sic mutuam petitionem eiusdem iudicii partem esse existimavit, ut quanvis actor nihil probaret sibi deberi, nihilominus iudicem de mutua petitione cognoscere, & iudicare eadem sententia oporteret, atque hac probata actorem condemnare, nec posset actor eiusdem iudicis condemnationem in ea re defugere, quæ unius iudicii & negotii apud iudicem inducti pars esset. Hæc illa Papiniani sententia est, quæ commemoratur a Iustiniano in *L. cum Papinianus, C. de sent. & interl.* quam & ipse eadem constitutione confirmat: addita hac ratione, quod unum negotium esset actionis institutæ, & mutuæ petitionis: qui in parte eius negotii iudicem secutus esset agendo, non deberet in altera parte eius iudicii eundem iudicem contra se habere dedignari.

XIV. Ratione superioris definitionis constituta, ac per hanc mutuæ petitionis vi & potestate in eodem iudicio cognita, redeo ad definitionem: quæ ut verba sunt, interpretatione ac cautione indiget. Quod ergo dicitur eum qui aliquo in loco non cogitur iudicium pati, si ibi agat, cogi etiam ibi excipere actiones, ut verba sunt, generaliter dictum est: sed ut est definitionis sententia, non est perpetuum. Nam huiusmodi actor non cogitur cuiusvis excipere actiones; non quovis tempore; non quibuslibet in caussis: quæ cautiones sunt, quibus definitionem temperari oportet. Primum qui alicubi agit, non cogitur eodem in loco quamvis apud eumdem iudicem excipere cuiusvis agentis actiones, si prius per se non cogebatur: sed solum excipere actiones rei, cum quo agit. Alii cum quibus non agitur, si eodem loco apud eumdem iudicem cum actore experiri velint hoc prætextu, quod actor eum iudicem secutus sit, non audientur. Id declarat definitionis ratio ante a nobis exposita. Ratio enim excipiendæ actionis hæc fuit, quod hic mutua esset petitio, per quam postularetur æquitas compensationis. *L. neque C. de comp.* At alii si agant, non est cum illis mutua petitio; quoniam hæc non est, nisi inter eos, quorum unus cum altero agit: cum illis autem non agitur. Non est etiam cum illis compensatio, quia non impetiti actione non id agunt, ut petentem compensationis iure removeant: quod compensatio exigit. *L. 2. D. de comp.* Et vero cur res inter alios acta actori in alia re & alia persona noceat? contra *L. si unus, §. pacta*, in fin. *D. de pact.*

XV. Sed etsi reus ipse cum quo agitur, agat adversus eumdem actorem, non cogitur actionem excipere actor quovis tempore; sed si regeratur mutua petitio pendente eodem iudicio. Quod si eo [21] finito, non cogetur: eadem illa ratione, qua

19) Sed illa proprie & vera reconventio, quæ in primordio litis ante litem contestatam, vel in continenti post, opponitur. Quæ vero post iudicium cœptum non vera, nec retardat caussam conventionis, aut effectum operatur simultanei processus. Sed post litem contestatam in quacunque parte iudicii, usque ad conclusionem in caussa, obiici potest ad effectum iurisdictionis prorogativum; ita Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de mut. pet. Res.* 1. *n.* 4. *& seq per Clem. de pendia §. reus de refer.* Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *Obs.* 4. Zanger. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 134. Rosbach. *Process. Tit.* 46. *n.* 3. *&* 4. Molignat. *de Reconvent.* Q. 87. Maranta *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 5. *& in Addit. ibi.* P. Foller. Quoad posterius diss. Marta *de Iurisdict. P.* 4. *Cap.* 107. *n.* 5. Monach. *Pract. iudic. P.* 5. §. 8. *Cap.* 5. *n.* 3. *per ordinat. Cam. imp. P.* 3. *Cap.* 39. quia tunc simplex conventio est, & idem ad *Rub. extra h. t. n.* 11. *& seq* Toming. *Decis.* 16. *n.* 5.

20) Neque enim eo ipso quod reconvenit, debitum fatetur, in quo differt a compensatione, Molignat Q. 10.

21) Quare quia in confessum nullæ partes iudicis, is reconvenire non poterit, Molignat. Q. 42. Uti nec si caussa paratam exsecutionem habeat, cui vis est sententiæ Molignat.

qua supra usi sumus; quia scilicet mutuam petitionem & compensationem hic exigimus. Finito autem priore iudicio si agitur, neque potest dici mutua petitio, quæ nna est: neque compensatio, quæ actioni motæ non opponitur. *d. L.* 2. *de compen.* Idque satis indicare videntur verba definitionis. Non enim dicitur actor cogi excipere actiones, si egerit, sed si agat: dicitur & mitti debere ad eumdem iudicem: quod valet ad iudicem utriusque petitionis: proinde ad iudicem petitionis nondum finitæ: quoniam finito iudicio qui mea caussa iudex prius fuerat, iudex esse desinit. *L. iudex*, *D. de re ind.*

XVI. Postremo ut maxime idem reus cum quo agitur, vicissim agat, & pendente eodem iudicio: tamen non cogitur actor excipere eius actiones in omnibus caussis. Non enim cogendus est excipere, si furtum, damnum, aut iniuriam passus sit, & eo nomine agat, ubi non agens iudicium pati non cogebatur. Exempli caussa: Exterus Leidæ furtum passus est, damnum, aut iniuriam. Agit Leidæ cum eo, qui intulit: quod & Leidæ facere potuit, quia Leidæ delictum contractum erat. Si a reo mutua petitione conveniatur etiam statim de eo quod alibi contractum erat: non cogitur actor excipere Leidæ eam actionem, si ibi domicilium non habuit. Id responsum est in legato, qui Romæ iniuriam passus est, & eo nomine Romæ agit, in *L.* 2. *§. item si extra*, vers. *sed si agant*, *D. de ind.* sed ita, ut ad omnes transferri debeat, qui ex iisdem caussis agunt, ubi iudicium pati non cogebantur: optima ratione, quæ illic subiicitur; quod si quis ob delictum alicubi agens, ibi in mutua petitione se defendere debeat, cum prius non cogeretur, alterutrum necesse erit, ut aut non agendo, atque ita mutuam petitionem vitando impune contumeliis & damnis afficiatur; aut si agere volet, sit in potestate cuiusque pulsando eum subiicere invitum alienæ iurisdictioni: quorum utrumque est iniquissimum. Cumque communis sit hæc ratio omnium qui alicubi agant, apparet ad omnes quoque

ac non ad legatos solum; Ius superius pertinere.

XVII. Et sunt superiores sive cautiones, sive exceptiones eiusmodi, quæ in omnibus aliis actoribus valeant: duæ priores ad legatos Romæ olim non pertinuerunt. Legatos constat non debuisse olim Romæ iudicium pati invitos, ut suo loco ostendimus. Si tamen Romæ legati agerent, non persequentes damnum aut iniuriam, quam passi essent, compellebantur se adversus omnes defendere. Sic enim scribit Ulpianus in *d. L.* 2. *§. item si extra*, vers. *sed si agant. de iud.* Ergo adversus eos, etiam cum quibus [22] non egissent: proinde & adversus eos cum quibus egissent, adversus quos iudicium esse desiisset. Hoc ideo, quod legatis ita tribuebatur privilegium, ne se Romæ cogerentur defendere, ut vicissim vetarentur ibi se ullis negotiis vel suis vel alienis interponere, aut etiam in rem suam agere; exceptis his, quæ ad iniuriam eorum, vel damnum pertinerent. *L. Paulus*, 8. *§. ult. L. legatus*, 10. *L. si absenti*, *seq. §.* 1. *D. de legat.* Idcirco ne poterant quidem Romæ agere adversus invitos fine permissu principis. *L. is qui D. de leg.* At finge agere eos adversus eum qui non recuset actionem. Consisteret quidem iudicium in consentientem. Sed erat hæc [23] pœna contemptæ legis, ut se legatus adversus omnes defendere deberet beneficio legis indignus. Recte enim ei diceretur, non debere eum invocare auxilium iuris, qui contra ius committit. *L. auxilium*, in fin. *D. de minor.* Sed & illud videtur adversus eum dici potuisse, cum in eo ut in legatione Romæ ageret, impetrarit Ius novum, non debuisse eum recusare quovis alio postulante, quominus & secum ibi ageretur, ex edicto prætoris. *L.* 1. *D. quod quis. iur.*

XVIII. Sed hæc hactenus in mutua petitione constituta videmus pro reo adversus actorem. Monendi sumus pro hoc commodo illud vicissim hac ipsa mutua petitione constitutum adversus reum pro actore, ut quemadmodum eius mutuam petitionem eo in loco instituere potest, in quo convenitur, ita & si quam instituat, eum

desi-

ligat. Q. 41. Marta *de Iurisdict.* P. 4. *Cent.* 1. C. 61. *n.* 12. Ant. Massa Gales. *Tr. ad formul. Cam. oblig.* P. 2. *ad* 4. *partic. oblig.* Q. 2. *n.* 11. Trentacinq. *d.* 1. *Resol.* 1. *n.* 14. nec impleta iam intentione agentis, ubi nihil nisi sententiæ latio restat. Molignat. Q. 34.

22) Ita & Accurs. *ad d. L.* 2. *§.* 5. quem plerique sequuntur, teste Covar. *Pract.* Q. *Cap.* 5. *n.* 4. qui tamen ita *adversus omnes:* scilicet adversus quos illi egerunt. Plane Cuiac. 22. *Obs.* 22. negat *d. §.* 5. loqui de legatis, quem series, & contextus legis satis refellit.

23) Convenit Monach. *Pract. iudic.* P. 2. *Tit. de iure revoc. domum Cap.* 3. *n.* 8. Snerin. *Repet. Lect. Cap.* 16. Quod legatus negocia sua curare nequit *dd. LL. D. de legat.* id ita cum de iure publico & officio legati quæritur. Punitur enim contra faciens, pœna desertæ legationis. At cum de iure privato, actionem illi dictare licet *L.* 32. *§.* 9. *de rec. arb.* quæ ita concili anda, nec temere, negatione adiecta, manus admovenda, ut Cuiac. *d. C.* 22.

desiderante actore eodem in loco & apud eundem iudicem exercere debeat; nec possit alibi, quamvis ibi actor aut contraxerit, aut domicilium habeat. Hoc in *auth. & consequenter, C. de sent. & int. om. iud.* In quo apparet in mutua petitione unum locum & eum novum constitui, non tantum actori, in quo conveniatur, sed etiam reo in quo agere debeat. Verum hoc posterius magis ad electionem aliorum locorum reo auferendam pertinere videtur: de qua electione cum proximo capite dicere instituerim, illic huius detractionis rationem pluribus attingam.

CAP. XIX.

An in omnibus locis superioribus quatuor possit actor agere, prout velit: & an liceat his solis, non pluribus.

Transitio, & duplex proposita quæstio. I.
Num ubique locorum agere liceat actori; interest, utrum hic rebus integris agat, cœpto, aut instituto iudicio, II.
Priore casu: ubi locorum agatur ex caussis singulis. III.
Posteriore; actorem alio trahi non posse a reo mutua petitione, & quare. IV. V.
An in pecuniariis caussis, & ex iure communi pluribus in locis agi possit, quam superioribus quatuor. VI.
Exponitur L. iuris ordinem 2. C. de iurisd. VII.
An qui certo loco promisit, possit solvere quocunque loco & ubique. VIII.
Bartoli opinio. IX.
Contraria Ioannis & Azonis, & veterum interpretum sententia defenditur. X.
Superior illa improbatur. Verba quocunque loco & ubique *ambigua. Quomodo accipienda.* XI.
Aliud eiusdem argumentum refellitur. XII.

I. HIs constitutis locis quatuor, in quibus iudicis fit iurisdictio, ubi reus domicilium habet; ubi contraxit; ubi res est, de cuius possessione aut proprietate agitur; ubi cœptum est iudicium: his inquam, ita constitutis locis, quoniam hæc omnia ad agendum idonea, & tamen sola faciamus: hinc duo quæsita sunt, quæ opportune hoc loco explicentur. Unum de electione horum locorum: alterum de numero.

II. De electione, an liceat agere volenti omnibus his locis, quibus velit, experiri, ut ubicunque agat, ibi sit competens a loco iudex, & se reus ibi defendere debeat. De numero, an his solis sit competens iudex & iurisdictio, non pluribus. Prior quæstio prope iam absoluta est. Certe quid hic liceat in singulis generibus locorum, suo ordine diximus. Summam si quis requirit, hæc est, quam ex superioribus liceat agnoscere. Interest, utrum nullo adhuc iudicio cœpto agatur, an vero iudicio cœpto, aut adeo instituto.

III. Si rebus integris agitur, & de possessione aut proprietate actio est, & generaliter si in rem actio; ibi solum agi potest, ubi res constitutæ sunt, propter quas agitur; alibi non licet invito reo, ut in hac parte ostendimus. In cæteris caussis, si quidem nullus contractus versatur, ibi solum agi potest, ubi reus domicilium habet: quod contingit in petitione hereditatis. *L. unic. C. ubi de her. ag.* Sin de obligatione contracta agitur, tum duobus locis experiri actor potest; ubi reus domicilium habet, vel ubi contraxit; electione [1] actori tributa, utro ex his agat. Quod inde licet intelligere, quod utro ex his agatur, dicitur reus ibi se defendere debere: neque enim deberet, idest, cogeretur id facere, si esset in potestate eius, cum in unum vocatus esset, ad alterum revocare. Et cur non debuit esse in potestate, ubi conveniatur, exposita est ratio in *L. 2. §. Scævola, D. de eo quod cer. loc.* nam, inquit Scævola, si fuerit in eius arbitrio, ubi ab eo petatur, non pote-

1) *Ca. dilecti* 18. *de foro comp.* Duarenus *de Iudic. Cap. de Foro Comp. fol.* 168 Suatzenthal. *Processʃ Lib* 1. *Cap.* 6. *n.* 10 Coler. *de Processʃ. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 2. *& seqq.* Vult. *ad L.* 2. *C. de iuris.dict. n.* 10. *& n* 26. *& ad L. un. Cod. Ubi Conven. qui cer. lo. n* 3. Matth. Steph 1 *de iurisd.* ct. 29. *n.* 45 Nam vulgatum axioma: in alternativis electio rei, de rerum alternatione exaudiendum, non locorum, Nicol. Sudor *Lib* 1 *Disput. civil. pag.* 19. Eligendi autem facultas quousque detur, vid. *Cap præcedent. N* 7. Sic & electio actoris quando duo pluresve iudices rei, qui parem habent iurisdictionem, non coniunctim, sed quisque per se solus in solidum. Vulteius *ad L. ultimam C. Ubi in rem n.* 13. *&* 2. *seqq.* quando scilicet uni ab altero iurisdictio non privative, sed cumulative, ut loquuntur, vid. *not. supra O.* 9. Nisi plures iudices dati in favorem rei & privilegium, Decian. 4 *Tr. crim.* 5. *n.* 2. *&* 3. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Act. Resol.* 4. *n.* 10. Vult. *d. lo.* Georg. de Cabedo *P.* 1 *Decis.* 54. *n.* 6. An vero illa electio actori adimatur intentato remedio legis diffamari? Negat Covar. 1. *Resol.* 18. *n.* 6. Distinguit Blarer. *in Repet. L. diffamari C.* 4. *n.* 39. *& seqq.* unde pete.

poterit conveniri. Semper enim alium locum eliget: sic eveniet, ut sit in eius arbitrio, an debeat: quod in potestate eius esse nequaquam debet.

IV. Quod si cœptum iudicium iam erit, hic unus locus esse incipit, in quo iudicium perfici oporteat, ut paulo ante ostendimus. *L. ubi acceptum*, *D. de iud.* Cumque ad iudicium cœptum pertinere existimetur mutua petitio, ut eodem loco docuimus: etiam iudicium cœptum in ea petitione hoc efficit, ut instituta eodem in loco & apud eumdem iudicem non solum ab actore suscipi, sed etiam a reo moveri debeat. In quo iudicium cœptum actori novum locum constitnit, in quo conveniatur; reo in quo agat: sed magis reo aliorum locorum, in quibus nondum cœpto iudicio actorem convenire poterat, electionem adimit. Sic enim hoc ius se habet, nt si civis Coloniensis qui Antuerpiæ agebat, mutua petitione alibi conveniatur a reo cive Antuerpiensi, quanvis conveniatur Coloniæ, idest in urbe sua, nbi domicilium habebat, & contraxerat, quibus in locis de re contracta unusquisque iure communi se defendere debet; placeat tamen recte actorem desideraturum, nt mutua petitio Antuerpiæ in iudicio iam cœpto apud eundem iudicem agitetur, ibique finem accipiat, nec reo liceat ad alia loca alioqui ei ad agendum tributa petitionem transferre. Ius constitutum a Iustiniano, exstatque in *auth. & consequenter. C. de senten. & int.*

V. Cur ergo in hac specie non licet reo cum actore in iis locis agere, in quibus ille iure communi forum habet, & subiicitur iurisdictioni: qnod in certis caussis unicuique cum alio agenti facere concessum est? An quod actor alibi agendo ibi quoque mutuam petitionem rei subiecerit? At factum actoris non debet nocere reo, ut illi electionem locorum adimat, quam prius habuit. *L. factum cuique*, *D. do reg. iur.* An potius quia actor alicubi agens eodem loco mutuæ petitioni respondere cogitur: æquum est, ut reus eodem in loco & apud eumdem iudicem mutuam petitionem instituat? Sed cum pro reo constitutum sit, ut eodem in loco possit mutua petitione cum actore experiri, non debuit a reo exigi, ut eodem in loco id facere cogatur, cum possit unusquisque contemnere ea, quæ pro se introducta sunt. *L. si index*, *D. de minor. L. pen. C. de pact.* Quæ ergo caussa hoc ius induxit, & necessitatem eodem in loco agendi denegatis aliis locis reo imposuit? Æquitas, etsi in ea re summo iure deficiamur. Fatendum est enim, nihil proponi, cur non reus sua actione nti possit, quibus in locis ante illi agere concessum est, nec quominus id fiat, aliena petitione eum impediri. Fatendum, reum ab initio conventum ubi domicilium habet, vel ubi contraxit, nihil habere cur contra ius commune illic iudicium defugiat. Sed a) utile est actori apud eumdem iudicem de mutua petitione cognosci, & eodem iudicio rem transigi. Nam si cogetur diversis locis de intentione sua, & de mutua petitione litigare, difficilius utrobique rem administrabit, neque id sine incommodo & dispendio rei familiaris. Quod si similiter eodem loco agi non modo reo nihil noceat, sed etiam non minus prosit quam actori: hic æquitas suadet non esse ferendum reum, si mutuam petitionem velit transferre alio: ubi constet id eum postulare non alieuius commodi sui caussa, sed tantum ut incommodet adversario, fortasse etiam cum incommodo suo. Neque enim malitiis est indulgendum. *L. in fundo*, *D. de rei vind. L. 2. §. quamquam*, *D. de aq. & aq. plu. arc. act.* Nunc autem ita se res habet, ut apud eumdem iudicem utramque caussam agi nullius magis intersit, quam rei, qui mutua petitione utitur. Nam cum illi æque utile est non distrahi pluribus locis; tum vero aut frustra vel calumniæ caussa instituitur ab eo mutua petitio, aut certe

 huc

a) Quod & iuri veteri consonum, & hanc rationem esse in *L. 11. §. 1. de iurisd.* statuit Molignat. *de Reconvent. Q. 3.* Quanquam A. Fab. ibidem tergemina correctione sententiam invertere nititur, Non tamen præcise cogitur reus reconvenire, sed si modo pendente lite conventionis experiri contra actorem velit. Lite autem contra se mota terminata, mutua eius petitio coram iudice competenti adversarii, eiusdemque in priori lite actoris, admittitur *d. Auth.* & consequenter *Nov. 96. C. 2. §. 1.* Confer. P. Wes. *Cons. 50. n. 19. & 2. seqq.* Iure Saxonico in multa alia quoad reconventiones, discessum est. Etsi enim non prorsus inhibitas, sed earum potius prosecutionem velit Fr. Roman. *in Addit. ad* Zobel. *Diff. Iur. Civ. & Sax. 19. P. 1.* effectum tamen simultanei processus, quem verum & præcipuum statuunt, vid. *not. C. prac. N. 19.* prorsus sublatum esse, evidens est, *Lib. 1. Iur. Sax. Art. 1. & Lib. 3. Art. 12. & Art. 79.* Ac etsi Elector Augustus *Nov. sua 7. P. 1.* sanxerit quod si caussa conventionis diversa sit a caussa reconventionis, nec una ex altera originem ducat, utraque coram suo iudice institui possit: eo ipso tamen non restrinxit ius Saxonicum, ut Zanger. *de Exc. P. 2. C. 1 n. 136.* & Moll. *add. Nov. 7. n. 3.* aut aliquo casu reconventionem, quo prius non obtinebat, induxit, se aperte declarat hos mutuas petitiones, pro conventione & reconventione non habendas esse. Neque enim reconventio dicenda, nisi quæ coram eodem & una cum priori lite agitatur, quod iure Saxonico nunquam conceditur. Quanquam fatear in eo omnia adversa iuri civili, maxime Novellarum constituta esse. Quo mutua petitio etsi a priori non dependeat, ex. gr. si petentem 10. ex caussa mutui reconveniat reus ad alia 10. ex operis præstitis, apud eumdem excipienda &c.

huc spectat, ut prosit ei ad compensationem, atque hoc modò ceduut ei pro defensione magis, quam pro petitione. Nemo autem de compensatioue iudicare potest, & reum eo uomine absolvere, nisi idem Iudex. Quare valde iniquum sit eum eius petitionis cognitionem alibi postulare, neque ei repugnante adversario concedendum est.

VI. De numero superiorum locorum sic statui debet, In caussis pecuniariis & iure communi non plura loca esse, in quibus agi possit, seu in quibus sit competeus Iudex & Iurisdictio. Dixi in caussis pecuniariis, quia in criminibus etiam ibi accusatio iustitui potest, ubi reperitur qui deliquit, ut iu ea specie diximus: quod non item in caussis privatis & pecuniariis receptum est. Dixi iure communi, quia ex privilegio plura loca esse possunt; de quo dicetur proximo capite. Cæterum, ut proposui, in caussis pecuniariis & iure communi non plura loca esse statui oportet.

VII. In quo tamen dubitationem adferuut duo; quæ dum explicari atque hinc removeri volumus, vel hæc una iusta caussa fuit, cur de hoc numero separatim ageremus. Ea suut *L.* 2. *C. de iurisd. omn. iud.* & quæ de hac specie tradita sunt, cum quid certo loco promissum est. In *L.* 2. statui videtur idoneus ad agendum non tantum is locus, in quo reus domicilium babet, cum agitur, sed etiam in quo prius domicilium habuit, mutato forte postea in alium locum domicilio. Sic enim illic verba sunt: *Nam ubi domicilium reus babet, vel tempore contractus babuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet*. Quod si verum est, statuuutur in re coutracta tria hæc loca ad agendum, ubi reus domicilium habet, ubi tempore contractus habuit, & ubi contraxit, siquidem alibi contractum est. Nos autem duo tantum statuimus, ubi reus domicilium habet, vel ubi contraxit. Dixi iam ante, cum de domicilio rei ageremus, quod & nobis retiuendum est, illa verba, *vel tempore contractus babuit*, non de quovis contractu accipieuda, sed de contractu eius loci, de quo illic agitur, atque ita interpretanda, vel tempore contractus ibi fuiti habuit; ut intelligamus locum, in quo reus & domicilium habuit, & simul contraxit; in quo ideo reus couveniri possit, uon quia illic domicilium habuerit, sed quia dum haberet, ibi coutraxerit. Quam sententiam eius loci esse satis intelligitur ex absurdo, quod admissa contraria interpretatioue ex ipso loco iuducitur. Non enim illic dicitur reum conveniri posse duobus his in locis, ubi domicilium habet, vel tempore contractus habuit; sed reum his locis duobus conveniri oportet, & quidem solum his duobus locis. Ergo non ubi reus contraxit, si quidem alibi contractum habitum interpretamur, quam ubi reus domicilium habuit. Hoc autem aperte falsum, & absurdum, & coutra manifestum ius commune. *L. heres*, §. 1. *D. de iudic. L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *D. de rebus auctor. iudic. possiden.* Proinde in obscura voce legis nullo modo recipiendum. *L. in ambigua. D. de legib.*

VIII. Maiorem dubitationem habet, quod scriptum est a veteribus de eo quod certo loco promissum est. Nam de eo sic suut veterum definitiones, quod certo loco promissum est, non solum ibi, sed etiam *quocunque loco*, item *ubique* peti posse. Extant in *L. eum qui iusulam. D. de iud. L. si duo*, §. 1. *D. de pec. const.* Hæc verba, *quocunque loco*, *ubique*, si quidem uaturalem eorum significationem sequimur, hoc significant agi posse, non tantum ubi promissor domicilium habet, aut eo loco, ubi promissum est, sed quovis alio ubi reperiatur. Iu quo aperte plura loca statuuntur, quam superiora; si non in omnibus caussis, at certe iu hac specie. Quærendum igitur, an non recte ita superius interpretemur, an vero recte iuterpretantibus nobis hæc species excipi debeat.

IX. Bartolus 3 ad *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* quorumdam aliorum seutentiam secutus hæc verba, *quocunque*, & *ubique*, uaturaliter accepit; ut de eo quod certo loco promissum est, extra locum coustitutum agi possit quocunque alio loco siue exceptioue. Nec putavit ea re lædi reum si iu hac specie agendi potestas esset alia, quam iu cæteris caussis; quia in hac ageretur alio loco arbitraria actione, In qua haberetur ratio loci, æstimareturque quanti rei iuteresset suo loco potius agi. *L.* 2. iu pr. *D. de eo quod cer. loc. L. unic. C. ubi conv. qui cert. loc. dar. promit.*

X. Contra veteres Interpretes prope omnes, ut Ioanues, Azo, Accursius, sic superiora verba interpretantur, ut de eo quod certo loco promissum est, agi possit quocunque loco, nempe legitimo & idoneo, id est, in quo alias reus sine loci adie-

3) Et Vult. ad L. un. C. Ubi Convent. qui cer. lo. n. 4. & n. 51.

adiectione conveniri potuisset. Quae & sententia vulgo recepta, & nobis tenenda est. Demonstratur & certis argumentis ductis ab absurdo contrariae sententiae, & ipsorum auctorum interpretatione, quae alibi ostenditur. Argumenta haec sunt: Primum, absurdum est creditori cui quid certo loco promissum est, plus tribui, cum de potestate rei alicubi conveniendi agitur, quam ei creditori, cui quid simpliciter & sine ullius loci adiectione promissum est. Cui enim quid certo loco promittitur, aperte huic conventio unum tantum locum dat, in quo agat, & ei solvi debeat, caetera excludit, quod & declaratur in *L. 2. D. de eo quod cert. loc.* cui autem quid promittitur simpliciter, huic conventio secundum verba tribuit omnia loca ad exigendum; quippe quae nullum certum definiat, nullum excludat. *arg. in L. si servitus, D. de ser. urb. praed.* Atqui cum simpliciter quid promissum est, ius certum est creditorem non posse experiri, nisi duobus locis; nempe ubi reus domicilium habet, & ubi contraxit. *L. leges, §. 1. D. de iud. L. 1. L. 2. L. 3. de reb. auct. iud. poss.* Absurdum igitur, eum cui quid certo loco promissum est, aliis locis cum reo posse experiri. Secundum argumentum. Cum quid certo loco dari promissum est, perspicuum est extra locum adiectum perinde esse, quasi simpliciter promissum esset; nam alia loca adiecta non sunt. At cum quid simpliciter promissum est, extra locum contractus non potest a reo peti, nisi ubi is domicilium habet: quanvis conventio amplius illi permittere videatur. Ergo quod certo loco promissum est, extra eum locum in quo dari debuit, id est, in quo contractum est, absurdum sit id alibi peti posse, quam ubi reus 4 domicilium habet, cum conventio caetera illi loca adimat. Sed sit certior haec sententia, si auctores ipsi superiorum definitionum illa verba, quocunque loco, & ubique, ita interpretantur, ut diximus. Atqui sic reperiuntur se ipsos explicare. Nam *L. si duo, §. 1. D. de pec. const.* in qua exstat una ex supra scriptis definitionibus Ulpiani est. At idem Ulpianus in *L. heres, §. ult. D. de iud.* de eo loquens, qui ita obligatus erat, ut in Italia, id est, hoc loco solveret, & tractans ubi is conveniri posset, ita scribit, *si is in provincia habuit domicilium, utrobique posse eum conveniri, & hic & ibi:* duo videlicet loca in caeteris caussis usitata definiens, caetera excludens. Et ut id etiam se dicere ostenderet tanquam in re dubia, aliorum auctoritate confirmat, atque ita subiicit; *& ita & Iuliano & multis aliis videtur.*

XI. Iam de verbis superioribus, & de obiectione Bartoli paucis respondeo. Verba haec *quocunque loco*, item *ubique*, ambigua sunt. Possunt enim intelligi naturaliter, ut significent quocunque loco sine exceptione. Possunt etiam sic accipi, ut ad ius referantur ex mente loquentium, atque ita accipiantur, quocunque loco legitimo. Meminerimus semper in ambigua oratione eam interpretationem capiendam, quae vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* Sed praecipue idem faciendum, si alicunde constare possit esse ex mente & sententia auctorum; quam in omni scripto spectare & sequi debemus. *L. pen. D. ad exhib.* Hanc regulam secuti non possumus illud *quocunque loco, & ubique* in superioribus definitionibus aliter interpretari, quam quocunque loco legitimo, & quo alias sine loci adiectione agi potuisset; quia & hoc ex iure est, & est ex mente auctorum, & sententia contraria absurditate sua satis se ipsam refutat.

XII. Instat tamen Bartolus, moveturque contra ea ratione, quae si vera esset, fatendum esset recte eum sentire. Sed quia falsa est, nihil aliud ille profecit, quam ut errore deprehenso hunc ipsum magis vitare disceremus. Sic ergo illius ratio est. In ambigua oratione legis eam interpretationem sequi debemus, qua fit, ne lex sit supervacua. *L. 1. in fin. D. ad munic.* At si in superioribus definitionibus interpretamur eum qui certo loco promisit, posse tantum conveniri his locis legitimis duobus, ubi is domicilium habet, & ubi contraxit; si item interpretamur arbitrariam actionem qua alio loco agitur, ibi solum exerceri posse, ubi promissor domicilium habet; & definitiones superiores, & lex de arbitraria actione alio loco instituenda sunt supervacuae: quoniam, inquit ille, qui certo loco dare promisit, utroque illorum locorum iure communi conveniri potuit & sine arbitraria actione. Non est igitur recipiendum, in hac promissione ut extra locum constitutum ibi solum agi possit, ubi reus domi-

4) Ita & Wes. *ad Tit. D. Ubi conven. qui certo lo. n. 15.* & consentit Duar. *ad tit. de eo quod cer. lo. C. 4.* Zanger. *de Except. P. 2. C. 1. n. 81.* Matth. Steph. 1. *de iurisd.* 29. *n. 10. & seqq.* quia sermo etiam generalissimus restrictionem recipit & interpretationem ad habilia & idonea, *Gl. in L. 1. C. de SS. Eccl.*

domicilium habet, sed ut possit ubique & quocunque loco sine exceptione. Sed assumptum Bartoli perspicue falsum est. Nam qui certo loco dare promisit, secundum verba conventionis alio loco, quam constituto conveniri non potest. Sed & iure summo conveniri non posse veteribus visum est: quamobrem & alio loco agenti necessarium [5] fuit novam actionem proponere; sed & eam tum utilem, tum arbitrariam, ne contra verba conventionis læderetur promissor. Testis Caius in *L. 1. D. de eo quod cer. loc.* Hinc definitiones superiores veterum ad istam dubitationem removendam expressæ: ut qui certo loco dare promisit, non tantum conveniri possit constituto loco, sed etiam extra eum locum ubi promissor domicilium habet, quanvis conventio videatur prohibere. Scripsi plura in hanc sententiam ad *L. 1. D. de eo quod cer. loc.* Quæ cum ita sint, licet iam certo statuere id quod supra posui, iure communi in caussis pecuniariis adversus invitus qui conveniantur ex persona sua non plura loca esse, in quibus agi possit seu in quibus sit competens iudex seu competens iurisdictio, quam illa superiora quatuor, quæ initio sum complexus.

5) Recte: Nam nec alibi, scilicet in loco domicilii, agi potest sine commemoratione loci, in quo sibi dari stipulatus est §. 33. vers. *Loco &c. I. de act.* Nec nisi ex caussa, veluti quod debitor studiose eum locum fugit aut moram quærit alibi, impune agitur, vid. Monach. *Pract. judic. P. 2. C. 6. n. 30. & ad Rub. extra de foro comp. n. 26.* Plane potest debitor se in contractu submittere omnibus curiis, ut paratior sit creditori executio; de quo Gail. 2. *Obs.* 16. n. 36. P. Greg. 49. *Synt.* 1. *n.* 6. & 7. A. Massa. Gales. *Tr. ad Formul. Camer. oblig. &c.*

C A P. X X.

Quibus in locis aliis quam superioribus subiiciatur quis iurisdictioni ex privilegio vel actoris vel rei.

Pupilli, viduæ aliæque miserabiles personæ trahunt ex privilegio reum ad proprium iudicem. I.

Tale privilegium ad studiosos etiam pertinet in Leodiensi academia. II.

Forum revocant ad proprium iudicem ex privilegio licet alibi communi iure conventi. III.

1. *Magistratus illustres in omnibus caussis.* IV. IX.

2. *Milites, præterquam in gravi criminis caussa.* V. IX.

3. *Studiosi.* VI.

4. *Item miserabiles personæ. Utrique in civili caussa dumtaxat.* VII. X.

Omnes ita, si privilegium antea obtinuerint, quam in ius vocarentur. VIII.

I. SEd hæc, inquam, loca sunt sola ex iure communi. At sunt etiam alia ex [1] privilegio, perpauca illa quidem: attamen nonnulla, quæ prioribus ex hac caussa accedant. Huius generis privilegia quædam iure publico actori tributa sunt, quædam reo. Actoris privilegium in eo agnoscas, si cui agenti proprius iudex concessus sit, ad quem possit reum vocare, quanvis alioqui non subiectum eius iudicis iurisdictioni. Nam iuris communis ordo hic est, ut actor sequatur forum rei, convertiturque hic ordo, sicubi ita ius constituitur, ut reus sequatur forum actoris. *L. 2. C. de iurisd. om. iud.* Quod quia fit contra rationem iuris, in eo necesse est singulare ius & privilegium actoris inesse. Huius generis privilegium datum est constitutione Constantini [2] pupillis, viduis, & aliis conditione sortis miserabilibus personis.

1) De foro privilegiato plenius, ita Vult. *in L. un. C. In quib. ca. mil. fori præscr. n. 6. & seqq.* Privilegium aut privatum, per speciale rescriptum tributum, ut coram alio quis conveniri nequeat, ob dignitatem personæ, vel ex gratia, quod in singulari persona occupatum. Aut publicum, publicis legibus expressum, vel in corpore iuris. Cuiusmodi ex parte actoris duo (1) Miserabilibus personis (2) in fisco, quia caussas fiscales, sive fiscus actor, sive reus sit, diiudicat Procurator Cæsaris. Ex parte rei quinque hominum generibus, ubi eodem modo quo hic Donellus, nisi quod addit ecclesiasticos, vel in Novellis imperii. Sic, ait *n.* 72. privilegiatam instantiam faciunt *des Reichs austrage*, ad quæ in Camera conventi status imperii ius revocandi habent, non tam ob præeminentiam dignitatis, ut Gail. 1. *Obs.* 1. n. 17. quam ne aliis deteriori conditione essent, si plurium instantiarum beneficiis privarentur, Th Michael. *Disp. de Iurisd. Concl.* 38. De quibus austrægis consule P. Frid. *Lib.* 1. *de Process. extr. C.* 16. & *seqq.* Otho. Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *f.* 16. & *seqq.* ubi *f.* 38. & *seqq.* disputat, an hi iudices ordinarii sint vel delegati, Matth. Steph. *Lib.* 2. *Iurisd. P.* 1. C. 3. *Membro* 3. Bocer. *de Iurisd.* C 3. n. 77. & seqq. Q & C. 7. n. 25. & *seqq.* an prorogationi iurisdictionis hic locus sit, tractat.

2) Ex pupilli sane qui orphani simul & impuberes *L.* 239. *pr. de V. S.* (secus si in potestate patris vel avi, Vinc. de Fr. *Dec.* 671.) Etsi tutorem habeant. Male enim Castr. *in Rub. C. Quand. Imp. int. pup.* hic privilegium istud negat

ſonis. Nam his ſi res ſit cum 3 potente adverſario cuius potentiam metuant, & adverſus quem in aliis tribunalibus non fa-

elle ius ſuum tenere poſſint, 4 permiſſum illis eſt implorare cognitionem & iudicium principis, apud quem cogantur vocati ad-

ver-

gat, quod defenſorem habeant: Nam immo cum in Iudicio nunquam eſſe poſſint, ſine tutore, nunquam ita locus eſſet privilegio, Vult. *ad d. L. un. n.* 5. Non item minores, etſi patre orbati; quanvis in Hiſpania, lege regia, idem receptum ſit, Covar. *pract.* QQ. *Cap.* 6. *n.* 2. Viduam vero etiam illam accipi volunt, quæ virum habet ſed inutilem, captum ab hoſtibus, proſcriptum, ad triremes damnatum, Menoch. *C.* 66. *n.* 9. Cov. *Pract.* QQ. *C.* 7. *n.* 3. *in fin.* Weſ. *ad h. t. C. n.* 2. Trent *pract. Reſ. Lib.* 2. *Reſ.* 2. *de Cit. n.* 16, aut diutius abſentem, quia in his caſibus eadem ratio, quod marito deſtituta, a quo defendatur, iniuriis magis ſit expoſita. Sic Plaut. *in Stic. Actu* 1. *Sc.* 1. miſeram Penelopam vocat, quæ tamdiu vidua, viro ſuo caruit. Non item ſi adoleſcens nupta cum ſene, licet & hanc viduam pariter ac nuptam vocet, Plaut. *Mil.* 4. *Cap.* 1. Etſi enim viduas noctes, ut Petron. Arb. *in Satyr.* loquitur, hæc ducere cogatur, non tamen in eo ratio huius privilegii poſita, & ſibi imputet quod illi nupſerit. Quanquam recte, de vidua quod luxurioſa vita privilegium hoc perdidit, Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Vol.* 1. *Cap.* 47. *n.* 109. Weſen. *d. n.* 2. Trentacinq. *d. n.* 16. Menoch. *d. loc. n.* 10. Covar. *d. C.* 7. *n.* 1. Sed an in eadem cauſſa virgines? Ita puto per *L.* 242. §. 3. *de V. S.* vid. *ſupra Lib.* 8. *C.* 32. *N.* 10. ſi videlicet parentibus orbatæ, etſi puberes ſint vel maiores, quia & hic rationi locus, quæ in conſilii inopia, imbecillitate ſexus & mariti, a quo defendantur, ſive privatione ſive carentia. Et ita Fulgoſ. *in d. L. un.* de communi teſtans, ref. Marta *de Iuriſdict. P.* 2. *C.* 21. *n.* 5. Weſembec. *ad hunc tit. C. n.* 2. Trentacinq. *d. n.* 16. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Deciſ.* 180. Vincent. de Franch. *Deciſ.* 599. qui & de ſtupro conquerentem admittit, eo quod actio nata fuerit ex tempore delicti commiſſi, dum adhuc virgo eſſet. Diſſ. Covar. *d. C.* 7. *n.* 2. quia, ait, vidua proprie cuius maritus mortuus eſt *C. vidua* 34. *diſt.* & *d. L.* 242. §. 3. accipienda eſt latiori ſenſu, & Vult. *ad d. L. un. n.* & 7. ex interpretatione nominis, ſic dici virginem, non ſermonis proprietate; Addit quod conſonum ſit Imperatori ſe conformare voluiſſe ſacris litteris, quibus viduæ & orphani Principum fidei ſolicite commendantur, vid. *Exodi* 22. verſ. 23. *Eſaia* 1. verſ. 23. *Zach.* 7. verſ. 10. & diſſ. item Gail. 1. *Obſ.* 1. *n.* 42. Monach. *in C. ex parte* 15. *de foro comp. n.* 18. Matth. Steph. *Pr. de Iuriſd.* 31. *n.* 29. Quid ſi divites ſint? Sunt qui hoc caſu privilegium utriuſque negant, Marc. de Mantua *ſingul.* 34. Maranta *P.* 4. *Diſt. iudic.* 9. *n.* 195. Qui iuſte ab aliis notantur, cum & Lex indiſtincte concepta ſit, & divites non minus imo magis, invidiæ & iniuriis expoſitæ, Gail. *d. Obſ.* 1. n. 40. Menoch. *d. C.* 66. *n.* 5. & *n.* 11. Vult. *ad d. L. un. n.* 10. Cov. *d. C.* 6. *n.* 2. Teſſaur. *Deciſ.* 177. *n.* 3. Marta *de Iuriſd. P.* 2. *C.* 21. *n.* 6. Bernh. Græwæ. *Concl. pract. Cam. imp. Conſiderat.* 1. Trent. *d. Reſol.* 2. *n.* 16. quia & alias nihil in his ſpeciale, cum in pauperibus generaliter obtineat. Aliæ miſerabiles perſonæ quæ ſint, recenſet Menoch. *d. C.* 66 *n.* 13. & *ſeqq.* Rebuff. *Tr. de Sentent. proviſ. Art.* 3. *Gl. ult.* Trent. *d. Reſ.* 2. *n.* 28. & *ſeqq.* Teſſaur. *Deciſ.* 177. *n.* 1. Weſ. *ad h. t. C. n.* 2. ubi iudicem hoc ex re definire permittit, ſed in caſibus tantum iure non expreſſis, ut & Menoch. *d. loc. n.* 1. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Deciſ.* 54. *n.* 9. Sebaſt. Medic. *de Caſ. fort. P.* 2. Q. 4. *n.* 5. Matth. Steph. 1. *de Iuriſd.* 31. *n.* 36. Sane nimis hoc privilegium extendere videntur, qui fugientibus ad eccleſias, iis ſervientibus, mercatoribus in itinere gabellis gravatis, Iudæis noviter baptizatis, ruſticis, quibusvis advenis, id tribuunt, Menoch. *d. loc. n.* 15. & *ſeqq.* Teſſaur. *d. n.* 1. Weſ. *d. n.* 2. Trentac. *d. Reſ.* 2. *n.* 33. Magon. *Cynoſ. advocat. C.* 59. *n.* 3. & *n.* 11. &, ſi ſuperis placet, etiam meretricibus Menoch. *d. Cap.* 66. *n.* 25. Magon. *d. n.* 11. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 233. odio certe omni quam favore ullo dignioribus. Quod & cum eo, quo docent viduam luxurioſe viventem hoc privilegio excidere, minime convenit. Etſto autem ſint hæ iniuriis hominum magis obnoxiæ, aſt non patiuntur indigne. Qui vero dicetur *fortuna iniuria*, miſerabilis, quæ hanc ſibi fortunam ipſa fabricavit, turpiter utique faciens quod ſit meretrix *L.* 4. §. 3. *de cond. ob turp. c.* Nimis tamen ſtricte accipit Volt. *n.* 8. de iis qui morbo ſontico laborant, indeque inhabiles ad negocia gerenda effecti, ut furioſi, cæci, leproſi, muti, mutili,

quia iidem, inquit, qui in *d. L. un. cir. fin.* miſerabiles dicuntur, initio *d. L.* diuturno morbo fatigati & debiles. Unde pauperes quoque & captivos excludit. Quibus tamen non iniuſte id tribuunt, opinor, cum certe hi ſint *fortunæ iniuria miſerabiles*, ut requirit *d. L. un.* Facit *L.* 49. *C. de Ep. & cler. C. pauper* 72. *Cau.* 11. Q. 3. Recte tamen excipiunt, niſi culpa ſua in egeſtatem inciderint, Covar. *pract.* QQ. *C.* 6. *n.* 3. Trentac. *d. Reſ.* 2. *n.* 32.

3) Sed recte Menoch. *d. C.* 66. *n.* 27. Weſ. *ad h. t. C. n.* 6. Vult. *ad d. L. un. n.* 18. Gaſpar. Schifordegher. *ad Ant. Fab. Lib.* 2. *Tract.* 24. Q. 3. adverſarii gratiam, vel potentiam, non æque neceſſariam eſſe, ut miſerationem perſonæ per voculam *præſertim*, quæ includit caſum oppoſitum. Plane ſi lis utrinque inter huiuſmodi perſonas, ut ſi vidua contra viduam vel pupillum iudicio contiſtat, privilegiis confuſis communi foro locus, Menoch. *d. C.* 66. *n.* 38. Teſſaur. *Deciſ.* 177. *n.* 9. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 188. & 553. Trentac. *d. loc. n.* 18. quod pluribus firmat Covar. *Pract.* QQ. *C.* 7. *n.* 4.

4) Poſſunt tamen, etſi velint coram iudice ſuo reum convenire, ut arguit prius membrum *d. L. un.* Nam ſi rei hi ad curiam principis evocari nequeunt, neque ſi actores ſint, in eadem inviti litigabunt. His itaque iudices duo (1) Ordinarius iure communi. (2) Ex privilegio Imperator. Sed inter hos ſtatuit Vult. *ad d. L. un. n.* 19. non omnino concurrentem iuriſdictionem eſſe, ſed quodammodo, quia præventioni locus non ſit, cum etſi lis coram iudice rei ordinario cœpta, cauſſam in curia principis proſequi, & ita variare licere velint Teſſaur. *Deciſ.* 177. *n.* 6. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Reſ.* 2. *de Citat. n.* 10. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 294. quibus etſi contradicant Covar. *Pract.* QQ. *Cap.* 7. *ſub fin.* Gaſpar Schifordegher *Lib.* 2. *ad Ant. Fab. Tract.* 4. Q. 3. ex cauſſa tamen, & ſi appareat non vexandi adverſarii gratia iudicium cœptum translatum velle, admitti illorum opinionem poſſe reor. Neque enim reliquæ Schifordegheri rationes me movent. Veluti quod lite conteſtata contractum ſit. Nam regula, Forum quis ſortitur loco contractus, in his perſonis non neceſſario obtinet &c. Dato tamen quod tacita renunciatio huius privilegii eligendo iudicem ordinarium variationem adimat, non ideo conſequens erit expreſſam renunciationem eiuſdem valere, ut Schiford. Q. 3. arguit. Nam & exceptione Senatuſconſulti Velleiani libere non utitur mulier conventa, aſt efficaciter ei in contractu non renunciat *ſupra Lib.* 12. *Cap.* 32. *N.* 4. Et verius æque, uti receptius eſt hac renunciatione, ſi ſcilicet in contrahendo negocio accedat, nihil agi, quia cum privilegium favore miſericordiæ nitatur, renunciatio eius bonis moribus adverſa. Schrad. *de Feud. P.* 10. *C.* 2. *n.* 36. Teſſaur. *Deciſ.* 177. *n.* 5. Trentacinq. *d. Reſol.* 2. *n.* 37. Sebaſt. Med. *de Caſ. fort. P.* 2. *Quæſt.* 4. *n.* 57. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 192. *n.* 7. Matth. Steph. 1. *de Iuriſdict.* 31. *n.* 39. Quo facit quod regula traditur, iuri introducto ob renunciantis ætatem vel ſexum renunciari non poſſe, Andr. Talner. *de Varior. Iur. Renunc. Cap.* 15. Diſſ. Vult. *in d. L. un. n.* 15. Schifordeg. *d. Tract.* 24. Q. 1. & 2. Enimvero hodie in imperio uſus huius privilegii non magnus, cum principes imperii hodie, non ut magiſtratus, ſed ut domini provinciis ſuis præſint. Unde illis ſubiectæ viduæ pupillive proceſſus in Camera, omiſſo medio, non impetrant, Gail. 1. *Obſ.* 1. *n.* 4. Paurmeiſt. 2. *de Iuriſdict.* 4. *n.* 97. & *n.* 99. & *C.* 8. *n.* 92. Matth. Steph. *d. C.* 31. *n.* 44. Bocer. *de Iuriſdict. d. C.* 3. *n.* 4. Vulte. *ad d. L. un. n.* 20. & *ſeq.* ubi recte nihil tamen impedire, quo minus ſtatus imperii, in ſua quiſque ditione, hanc Conſtitutionem in uſum revocare poſſit. Quanquam Weſ. *ad h. t. n.* 19. in ſpecie tradit de Saxoniæ Ducibus, quia & ipſi privilegiati ſunt, ut ab eis provocatio non ſit, ideo adverſus ipſos uſurpari hoc privilegium non poſſe. Quo ipſo adverſus alios principes hodieque eius uſum ſtatuere videtur. Volunt & DD. miſerabiles perſonas adverſarios ſuos coram Epiſcopo convenire poſſe. Unde earum cauſſas mixti fori quidam vocant, de quo Marta *de Iuriſdict. P.* 2. *C.* 21. quod declarant, ſi iudex ſæcularis in iuſtitia adminiſtranda negligens *C. ex tenore* 11. *extra de foro comp.* Covar. *Pract.* QQ. *C.* 6. *n.* 1. quidam etiam ad pauperes ſolos reſtringunt, quos refert Paurmeiſt. 2. *de Iuriſdict.* 7. *n.* 55. Ac in hiſce cauſſis in utroque foro iudicandum eſſe iuxta ius Canonicum, docet Trentacinq. *Lib.* 2. *Reſol.* 9. *de Iudic. n.* 6. & *Reſ.* 2. *de Citat. n.* 37.

verfarii agentibus refpondere. Exftat conftitutio in *L. unic. C. quand. Imp. inter. pup. & vid.* Quod conftitutum eft fumma ratione. Nam vel ipfa conditio perfonarum aliis rebus & auxiliis deftitutarum digna eft ubique commiferatione: fed tum præcipue, cum præfens periculum a potentioribus imminet: a quibus facile evertantur, nifi quis fubvenit melior & potentior. Cuius rei curam fua maieftate & clementia non indignam putavit princeps. Huiufmodi privilegium aliis perfonis datum iure civili non legimus. Neque vero oportuit. Nam cum hoc dictet naturæ ratio, in pari cauffa meliorem conditionem effe debere rei, quam actoris. *L. in pari, L. favorabiliores, D. de reg. iur.* ex quo eft ius illud, ut actor fequatur forum rei, non contra; non debuit ab eo iure, quod femel æquiffimum effe conftituiffet, fine magna & evidenti cauffa difcedi.

II. Legibus tamen patriis non dubito, quin obfervare liceat hoc idem genus privilegii nonnullis aliis datum in plerifque regionibus. Licet certe fpectare in Academia Leidenfi inter ftudiofos. Ubi inter cæteras Academiæ leges unum caput eft de Iurifdictione, quo cavetur, ut ftudiofi qui illic funt, ita Rectorem fibi Iudicem proprium [5] habeant, ut non tantum conventis ius fit ad eum revocare, fed etiam ultro agentibus ius ad eum vocare exterum quemlibet. In quo aperte hoc conftituitur privilegii, ut reus actoris ftudiofi forum fequatur.

III. In reo huiufmodi privilegium fuerit, fi ei proprius & certi loci iudex ita datus fit, ut alibi conventus ad eum iudicem revocare forum poffit, quamvis alioqui ibi conventus, ubi domicilium habebat, aut ubi contraxerat, aut ubi res fita erat, de cuius poffeffione aut proprietate agitur. Nam his locis conventus iure communi in ea cauffa eft, ut in his ipfis fe defendere debeat. *L. heres, §. 1. D. de iud.* Quod fi cui datum erit, ut ne in illis fe defendere cogatur, quod ei datum apparet, cui ius eft alio revocare; neceffe eft in eo fingulare ius & privilegium rei verfari. Hoc genus privilegii licet obfervare tributum effe iure civili quatuor generibus perfonarum: magiftratibus, militibus, ftudiofis, & miferabilibus perfonis illis, quas fupra commemoravimus.

IV. Magiftratibus neque omnibus, neque in omnibus cauffis; fed magiftratibus illuftribus, & iis quos enumerat conftitutio Zenonis [6] *L. ult. C. ubi fenator. vel clariff.* & datum in criminibus eadem conftitutione, ut accufati non apud alium iudicem fe defendere debeant, & cauffam dicere, quam [7] apud principem, aut eos quibus princeps eam cognitionem committendam putarit. Datum hoc iftorum amplitudini & dignitati. V.

5) Auguftinus adhuc privilegium Montifpeffulanorum, de quo Rebuff. *Priv. Schol* 149. anno 1437. a Carolo VII. (ita legendum, corrupte apud Rebuffum excufum Carolo IX. qui id temporis nec natus erat) Franciæ Rege conceffum, quo Doctores & ftudiofi debitores, iniuratores, (fic loquitur) iurium detentores, inquietatores & moleftatores (atque ita in actionibus realibus etiam) etfi per quinque diætas vulgares diftent coram fuis iudicibus, confervatoribus ftudii, quos vocat, conveniunt & refpondere cogunt. Etfi vero generaliter dici poffit ftudiofos effe perfonas miferabiles Menoch. *d.* C. 66. *n* 26 cum *in Auth. habita* dicatur, quis enim non eorum miferea*t*ur &c. cuius etiam miferationis cauffas feftive percenfet Rebuff. *in d. Auth. p.* 661. *& feqq.* indeque privilegium fuperius ad eofdem pertinere probabile videatur, ficuti & Rebuff. *Priv. Schol.* 162. regulam generalem conftituit, quod ftudiofi actoris forum reus fequatur, add. P. Gregor. 18. *de Rep.* 7. *n.* 15. ufu tamen contra fervatur: non tam quod ftudiofi miferabiles *fortuna iniuria*, quos *d. L. un.* requirit, non fint, ceu Vult. in *L. un.* C. *In quib. cafib. mil. fori præfcrip. n.* 50. vel quod *in L. un.* fiat collatio iudicis inferioris ad fuperiorem, *in Auth. habita*, paris cum pari, ut idem. Inde enim hoc fane efficitur, ad fuum iudicem non poffe trahere ftudiofum actorem adverfarium, qui alterius fori: at non iftud cauffam in curiam principis introduci non poffe. Nam *d. L un* miferabili perfonæ agenti hoc tribuit, non ut reum ad fuum iudicem inferiorem, ipfi reo plane incompetentem trahat, fed ut ad Imperatorem, qui omnium competens, omiffo medio, & ordine inftantiarum non fervato. Quam quia in ipfa *Auth. habita* vindicatio iniuriarum ftudiofis illatarum, rectoribus locorum, id eft ordinariis magiftratibus, uti olim rectores provinciarum dictu præfides, præcipitur. Unde patet ex ea cauffa principem non adiri, fed nec cognitionem effe Rectoris academici, aut præceptoris, vel Epifcopi, quod pofterius etiam inde infert Pac. *ad d. Auth. habita Cap.* 7. *n.* 10. Simile vero Privilegium fuperiori eft Senatoribus Lufitanis, reos ad prætorem Curialem vocantibus, Georg. de Cabedo *P.* 2. *Decif.* 86. item Sabaudis qui adverfarios in ius vocant, ad Sabaudiæ iuridicum maiorem, Ant. Fab. 20. *Conject.* 8. *p.* 509. Et Neapolitanis omnibus five origine fint five habitatione, ut exteros ad fuum tribunal vocent, ipfi enim vocari nequeunt, Vinc. de Franch. *Decif.* 416.

6) Atqui refertur ibi quoque Procurator Cæfaris, qui tamen coram Rectore provinciæ accufari, & ab eo fupplicio affici poteft *L.* 9. C. *Ubi cap. fifc.* R. Vult. *ad d. L.* 9. *n.* 6. exceptionem ibi tradi in delicto concuffionis, cui & graviffima illic pœna ftatuta ob fingulare delicti odium ad terrorem incutiendum. Et quia dignus ille non eft qui iudicem habeat principem, quem male audire ipfe fecit.

7) *Et L. fi gravius* 16. C. *de dignit.* Illuftres qui fuerint, & de veteribus dignitatum gradibus vide Tiraq. *de Nob. Cap.* 2. *n.* 17. *& feqq.* Menoch. *Arbitr. Caf.* 68. Duar. 2. *Difp.* 5. *& ad tit. D. de Senat. Cap.* 1. Ioach. Steph. 3. *de Iurifd.* 9. Vult. 1. *Iurifpr.* 6. P. Greg. 47. *Synt.* 12. *n.* 12. *& feqq.* Porft. *de Iurifdict. Parte* 1. *Cap.* 1. *n.* 68. *& feqq* Perrenon. 1. *Animadv. & Var. Lect.* 25. Pachinæ. 12. *Contr.* 90. Sic in Gallia Proceres regni non nifi coram Paribus Franciæ præfente Rege iudicantur, Bodin. 4. *de Repub.* 6. *n.* 463. Et iure Hifpanorum cautum, ne quemquam cuiufque civitatis primarium, decurionemve, præfides capite damnent plectantve inconfulto Rege. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 20. *& feq.* Quare & Germanos Principes, quibus nulli illuftriores ac nobiliores, fi de præfcriptione agatur, iudi[illegible] Cameræ Spirenfis non pati debere, fed folius Imperatoris &c. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 42. *& feqq.* In officiales quoque & domefticos Principis inferioris, non magiftratus loci ubi deliquerunt, fed principis ipfius cognitionem effe tractat P. Heig *P.* 2. *Q.* 25. add. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurifdict. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 81. *& feqq.* Quanto minus dandum Vulteio qui ad *L.* 1. C. *Ubi Senat. n.* 48. ipfos imperio immediate fubiectos criminaliter conveniendos docet in loco ubi deliquere; Imperatori ita demum ius de eo ftatuendi, fi quis alibi quam in loco admiffi criminis convenire velit.

V. Militibus [8] proprius iudex constitutus magister militum, apud quem solum conveniri inviti possint in omnibus caussis etiam si de crimine agatur. Datum militum favori, & ne facile a signis avocentur contra Reipublicæ utilitatem.

L. magisteriæ, C. de iurisd. huius privilegii vestigium indicatur in *L. si quis posteaquam, 7. D. de iud.*

VI. Studiosis constitutus iudex [9] Rector cuiusvis Academiæ, ad quem quanvis alibi conventi tanquam ad suum iudi-

8) De iudicibus militaribus adi Coterm: *Lib. 2. de Iure mil. Cap. 6.* Vult. *ad L. 6. C. de iurisdict. & ad L. ult. C. ubi de ratiocin. & ad L. un. C. In quib. ca. mil. fori præscr. n. 17. & seqq.* Georg. Acac. Enenkel. 2. *de Priv. milit.* 5. De magisteoa dignitate, P. Greg. 47. *Synt.* 30. *n.* 24. *& seqq. &* 19. *Synt.* 18. *toto*.

9) Etsi enim magister in *d. Auth.* significet præceptorem, ut *L. 19. §. ult. de rec. arb.* usus tamen ita fert, ut non omnium Præceptorum & Professurum, qui plures in Academiis, sit cognitio, sed ut Rector creetur semestris. Donellus noster *ad d. Auth. n. 20. & seq.* Zanger. *de Exc. P. 2. Cap. 1. n,* 124. qui caussas leviores solus disceptat, graviores convocato Senatu vel concilio, de quo Math. Steph. *Lib 3. de Iurisdict. P. 2. Cap.* 12. Putat quidem Rebuff. *Priv. Schol.* 69. non exercere iurisdictionem a magistris in discipulos, qui ad eos non veniunt. Quod si illos accederent iuris reddendi & accipiendi gratia, in volentes adhne eis fore iurisdictionem, quia non inveniatur adempta. Et idem *Priv.* 158, posse eos hodieque cognoscere; atque se hac iurisdictione sæpius usum esse, scribit. Qui & *in d. Auth. p.* 730. ex illa constitutione quoslibet doctores in suos studiosos notionem habere, ut Theologiæ studiosi, apud Theologum conveniantur, &c. Pac. *in d. Aut. Cap. 9. n.* 5. ei tantum hoc tribuit, cui dat operam scholaris, ut si pluribus æqualiter, studiosi electio sit. Quanquam vero communius velint studiosi ex *d. Auth. habita* tres esse iudices: Magistratum loci, Episcopum, & Rectorem, seu ut alii, Doctorem, quomodo in *§. pen. constit. omnem de rat. ac meth. iur. doc.* nominantur præses, Episcopus & linguæ Professores. (Quod & de præside inde probari censet Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 8. *n.* 89, quia etsi loco studiorum non contrahatur domicilium, studiosi tamen privilegiis civium & subditorum utantur. Sed sibi ipsi vix convenit, dum more subditi id ad odium extendi non debere) Rebuff. *Priv. Schol.* 152. *& interpretat. d. Auth. verumtamen p.* 730. ubi scribit per *dominum* posse Rectorem intelligi, qui dominus in Universitate; posse etiam & convenientius dominum loci, Vult. *ad L. 1. de iurisdict. n.* 157. *& ad L. 1. C. In quib. ca. mil. fori præscr. n.* 5. qui hoc tamen privilegium habere docet, ut coram alio quam Rectore conveniri nequeat, atque ita iurisdictioni Episcopi & præsidis privilegio, non iure, exemptus sit. Ac coram ordinario loci vel Episcopo actionem excipere possit, si volet, ut ratum sit, quod agatur, neque tam illam prorogationem futuram, quam iurisdictionis competentis excitationem. Si vero caussam ibi tractari nolit, ius revocandi ad Rectorem habere ex privilegio; add. Bocer. *de Iurisdict. Cap. 3. n. 95. & seq.* Verius tamen puto duos tantum iudices in *d. Auth.* constitui, dominumque ac magistrum, velut *in παραλλήλῳ*, ut Pac, *C. 9. n.* 3. accipi debere. Quomodo & Donellus *in d. Auth, n. 27. & seq.* electionem tribui duorum, magistri & Episcopi, non vero magistratus urbis, nec ad hunc revocare posse coram illorum alterutro conventum, & Sc. Gent. 3. *de Iurisdict.* 17. *in fin.* Et movet me maxime, quod *ibidem* districte & severe vetantur ad *alium iudicem* (qui nullus puto alius commode accipi potest quam magistratus loci) trahi. Accedit quod in academia studiosus domicilium non contrahat, vid. *supra Cap. 12. N.* 5. Quare, nec absque ea constitutione Friderici, magistratus ordinarius loci illi foret competens per se, nisi alia caussa accedat, puta quia ibi contraxit vel deliquit. Denique & alias quantum speciali certarum personarum, vel caussarum iudici datur, tantum de generali iurisdictione ordinarii detractum, vid. *supra Cap. 9. N.* 13. maxime quando in certum genus personarum, & ad universitatem caussarum, ubi privative concessam iurisdictionem tradant Vinc. de Franch. *Dec.* 417. *n.* 7. Utut sit, hodie certe constat, nullam omnino magistratui loci iurisdictionem in studiosos tribui, adeo ut nec sponte illius iudicium subire permittantur, nec prorogatio iurisdictionis, aut renuntiatio privilegii fori valeat, Coler. *Decis.* 296. Vult. *ad L. 1. de iurisdict. n* 128. *& n.* 168. Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 22. *n.* 36. Tametsi hoc posterius moribus potius, quam ex iuris ratione obtineat, quæ prorogationem in studioso non impedit, Pac, *ad d. Auth. habita C. 9. n.* 10. Bron. 1. *Ass.* 24. Bocer. *de Iurisdict. Cap. 7. n.* 14. Quæ enim illa ratio, quod non favore privato, sed totius corporis seu universitatis hoc privilegium iudicis proprii datum sit. Plane & hoc displicet, quod Pac. *C. 9 n. 3. & seq.* ideo Rectorem omitti putat in *d. Auth.* quia eius iudicium declinare non liceat ob iusiurandum, quo studiosi rectori adstricti sunt, atque ita electio iudicis, quæ *d. Auth.* tribuitur, Rectori non conveniat; itemque quia ea constitutio ad omnes scholas, non solas academias pertineat, quod & idem tradit *Cap. 4. n. 4.* arg. *L. 6. §. 2. de excus. tut.* Nam illud quidem, etsi fere eo Sichard *ibid. n.* 17. Rebuff. *Priv. Schol.* 153. & Matth. Steph. *Lib. 3. P. 2. Cap. 10. n. 7. & C. 12 n.* 52 moveantur, quam rationem consequentiæ habeat non video, nisi pariter inferre quis velit cuicunque iuramento obedientia promissa, eius cognitionem detrectari non licere. Quin inobediens non censendus, qui electione, iure publico tributa, utitur. Denique, admissa opinione Pacii, optio *d. Auth.* tributa inanis erit, ex potestate adversarii pendens, qui Rectorem adeundo facere poterit, ne studiosus electione utatur. Hoc vero posterius negandum est, Don. *ad d. Auth. n.* 2. Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 8. *n.* 9. Neque enim magistris in scholis trivialibus iurisdictio, sed modica castigatio, Matth. Steph. *Lib. 3. de Iurisdict. P. 1. Cap. 2. n.* 29. vi moderatoriæ potestatis, *supra Lib. 3. Cap. ult.* Cæterum eodem privilegio frui, volunt, ministros & famulos studiosorum, itemque publicos academiæ bidellos, typographos, &c. Rebuff. *Privil. Schol.* 166. Pac. *ad d. Auth. Cap. 4. n. 15 & seq.* Sich. *ibid. n.* 11. Matth. Steph. post alios *Lib. 2. de Iurisdict. P. 2. Cap. 2. n. 86. & Lib. 3. P. 2. Cap.* 6. Dist. quodammodo Zoan. *Tr. de Rom. imperio n. 261 & seq.* Et sane alio atque alio iure academiæ in hoc utuntur. (Generatim vero quando privilegium fori, vel immunitatis, protrahatur ad servos, famulos, colonos, &c. tractat Menoch. *Cap.* 562.) Sed et si caussa communis scholari cum alio, nec dividenda; hic ex persona illius forum sortietur per ea, quæ Reb. *Privil, Schol.* 106. Et retinere hoc privilegium absentes intra quinquennium; quia eo usque præsumitur animus revertendi *L. 5. in f. de capt. & postl.* postea autem amitti per *L. 2. & 3. C. de commeatu.* vult Pac. *in d. Auth. C. 4. n. 5. & n.* 13. Sich. *ibid. n.* 15. Cui promptius in hoc accederem, quam in illo, quod idem docet *d. C. 4. n,* 8. post Sichard, *in d. Auth. n.* 9. docentes vel discentes in patria, hoc privilegio non gaudere. Nam immo ratio, quæ in vers. *dignum d. Auth.* his quoque communis, quamvis ratio altera, in vers. *quis enim non misereatur*, non æque conveniat. Notum autem est cessante una ex pluribus ratione, dispositionem non deficere. Illud pluribus convenit excipi Clericum scholarem, qui alibi quam coram Episcopo conveniri nequeat, nec voluntate etiam sua Rectorem iudicem habere possit, Rebuff. *Priv. Schol.* 52. Pac. *d. C. 4. n.* 9. Sich. *in d. Auth. n.* 19. Decian. 4. *Tr. crim.* 19. *n.* 65. Scip. Gentil. 3. *de Iurisdict.* 18. Marta *de Iurisdict. Part. 4. Cent. 1. Cas.* 39. declarans hoc, nisi Clericus Rector electus sit, unde expedire censet, ut semper Clericus eligatur, qui in omnes indistincte iurisdictionem exercere queat, vid. & Rebuff. *in d. Auth. v. peregrinantur pag. 654. & seqq.* Plane generalius omnes scholares Clerici vocantur, vid. Matth. Steph. *Lib. 3. de Iurisdict. Part. 1. Cap. 2. n.* 4. Studiosum quoque de rebus, quas extra locum academiæ tractat, alia quam studiorum contemplatione, videlicet propriarum rerum componendarum caussa coram iudice illius loci conventum, ius revocandi non habere, arg. *L. und. C. in quib. ca. mil. fori præscr.* statuit Vult. *in d. L. unic. n.* 59. itemque si negotiationem exerceat in provincia aliqua, ex caussa illius coram ordinario loci respondere *ibid. n.* 65. item si negotiis civilibus se implicet in controversiis illorum occasione obortis, *ibid. n.* 70. Et de alibi gestis, ac contractis, conventum in loco studii exemplo legati, posse domum revocare, tradunt Pac. *in d. Auth. C. 9. n.* 14. Sich. *ibid. n.* 19. Rebuff. *Privil.* 121. Matth. Steph. *d. P. 1. C. 12. n. 68. & seqq.* Quid si contra pupillum

cem revocare possunt; Dutum literarum & honestiorum studiorum nomine constitutione Friderici, *auth. habita, C. ne fil. pro patr.*

VII. Et miserabilibus illis personis, quorum ante in agendo meminimus, eadem constitutione Constantini datum, ut [10] ad principem revocare possint, si alibi conveniantur a potentiore, cuius potentiam metuant, *d. L. unic. C. quand. imp. int. pup. & vid.* Et certe si iis propter tenuitatem & commiserationem personæ hoc tribuitur, ut ultro agentes potentem adversarium ad princip's auditorium vocare possint; quanto magis conventis in eodem metu idem concedi oportuit?

VIII. Habet tamen hoc genus privilegii duas cautiones. Unam, ut jam tum cœperit competere, cum reus alicubi vocatus est, unde ex privilegio ad suum iudicem revocat. Quod si nondum privilegio quæsito reus præventus sit vocatione actoris in iis locis, in quibus tum cum agi cœpit, iusta vocatio fuit; meminerimus eius quod supra diximus, instituti iudicii & vocationis hanc vim esse, ut reo quæsitum postea privilegium [11] nihil prosit, quominus quo loco idonee primo vocatus est, in eo & deinceps se defendere debeat, *d. L. si quis posteaquam, D. de iudic.*

IX. Altera cautio ad caussas de quibus agitur, pertinet. Neque enim suprascriptis omnibus personis licet id privilegium in criminibus usurpare. Licet magistratibus, de quibus dixi, quibus ipsum illud privilegium superius in criminibus solum tributum est. Licet & militibus, quibus nominatim magister militum etiam in [12] criminibus iudex datus est in *d. L. magisteriæ, C. de iurisd.* Sed tamen hactenus, dum de militari delicto, aut alio non gravi agatur. Nam si quid miles gravius admiserit in ea provincia in qua repertus est, placet eum contempto privilegio ibi pœna plecti debere, ubi delictum admissum est, *L. 3. in pr. D. de re mil.*

X. Cæteris [13] ut studiosis, & miserabilibus

aliumve miserabilem studioso lis? Quia hic magis privilegiatus, ideo posse studiosum ad Principem vocari, non autem ad dominum loci trahi, sentit Pac *d. Cap. 9 n. 11.* add. Sich, *in d. Auth. n.* 20 Quæritur, Quis academiæ totius seu universitatis ut vocatur, sive quod universa artium genera complectatur, ut Peron. *Lib. 1. de Grac. & Rom. magistr. in fin.* sive quod universis ad eam aditus patet, atque professoribus & studiosis collegium & corpus habere licet, ut mavult Matth. Steph *d. P. 2. Cap. 1. n. 16. & seq.* Cui Gymnasii nomen non convenire Scal. *Lib. 1. Poet. Cap. 21.* cum Gymnasia fuerint, in quibus gymnici ludi ab athletis nudis, pulvere & arena conspersis, exercebantur. Unde a præfecturis gymnasiorum dicuntur immunes philosophi, rhetores, &c. *L. 5. §. 8. de excus.* vid. Ant. Aug. *Lib. sing. ad Modestin. pag.* 248.) iudex competens? Quidam episcopum putant, Sichard *in d. Auth. n.* 23. quod inde probant, quia cum nulla Clericis careat, ecclesiasticus iudex sit in caussa cum laicis communi, quam receptam esse opinionem, sed quæ usu via obtinebat, testatur Menoch. *Cap.* 272. *n.* 13 Alii, cum maior pars minorem trahat, distinguunt an clerici, an vero laici plures sint, & æquales exemptam iurisdictionem laici concedunt, ref. Decian. 4. *in Tr. crim.* 9. *n* 42. Qui ipse *n.* 43 in effectu consentit, dum ideo academias non exemptas iurisdictioni laicorum scribit, quod semper horum numerus maior. Pacius *d Cap* 9. *n* 20. Cæsarem statuit, qui cum specialem protectionem studiosis pollicetur, utique & protector totius universitatis. Accedit quod solius Imperatoris vel Pontificis auctoritate academiæ eriguntur, earumque fundatio & privilegiorum concessio a solo pendet, Matth. Steph. *Lib. 2. de iurisdict. P. 1. Cap. 1. Membro 2. n.* 63. *& seq. & Lib. 3. P. 2. Cap. 2.* Addit Pac. si alius protector Cæsare inferior, uti Princeps academiæ nutritor, eum adiri posse, &c.

10) Si eius iudicium oraverint. Nam si malint coram ordinario suo inferiore respondere, ibi conveniri debent, forumque principis declinare possunt. Et hoc quoque ipsis privilegium, quod ut invitos ad curiam principis trahunt, ipsæ vero extra domicilium trahi nequeunt. Quod etsi iure novo commune sit, *Nov. 86. Cap 1.* tamen exceptio est, nisi ordinarius sit negligens. Hoc autem nec hoc casu posse, censet Trentac. 2. *pract. Resol. tit de Cessat. Res. 2. n. 1.* de quo dubito. Sic rescripto principis potest trahi adversarius ad incompetentem *L. 5. C. de iurisdict.* Sed & id fallere in his, scribit Trent. *d. lo. n. 2.* etiamsi clausula exstaret, non obstante quacunque lege contraria, sed necessarium esse specificam atque expressam mentionem: non obstante quod sit vidua &c. (add. Vinc. de Franch. *Decis.* 178.) *ibid. n.* 8. declinari ab his forum principis, etsi ibi tunc existat, & Menoch. *Arb. Cas.* 66. *n.* 37. Et prodest hoc privilegium litis quoque consortibus, ne caussæ continentia dividatur, Trentac. *d. l. n.* 9. Menoch. *d. Cas.* 66 *n.* 19 Tessaur *Decis* 177. *n.* 5. nec amittitur si lite pendente vidua nubat, vel pupillus ad suam tutelam veniat. Tess *n.* 4 Menoch. 82. Trent. *n.* 15.

11) Sunt & alii casus, quibus privilegiatus iure communi in sortiendo foro utitur, qui in *l. un. C. in quib. ca. mil. fori prascr.* quos *ibid.* expedit Vult quem adi. Quando privilegium miserabilium cesset, Menoch. *Cap.* 66. *n.* 38. *& seqq.*

12) Vinc. de Franch. *Decis.* 88. vid. *L. ult. C. de agent. in reb. lib. 12. tit. 20. L. ult. C. de re milit. L. ult. C. ubi quis de curiali tit C. de Off. milit. iud.* Plane rector provinciæ militem reum capere, & deinde ad iudicem suum remittere potest *L. 1. C. de exhib. reis* vid. Coteræ. 2. *de iure mil.* 6.

13) Quod tamen de neutris expeditum. Nam quoad miserabiles contra docent Trent. *d. Res.* 2. *n.* 13. Menoch. *d. Cas.* 66. *n.* 34. Quoad studiosos consentiunt sane Muscorn *de iuri dict. n.* 76. quia *lites* verbum *d. Auth.* non conveniat caussæ criminali, per *tit. C. de fruct. & lit. expens. L. 1. de testib. L. 6. de V. S.* Vult. *ad L. pen. C. Ubi Ca. fisci n.* 3. Sich. *in d Auth. n.* 21. P. Heig. *P. 2. Q. 11. n. 7. & seqq.* quia merum imperium generali iurisdictionis concessione non venit. Ast in alia abeunt, ipse Donellus noster *in d Auth. habita n* 14. *& seqq.* quia lis sit generaliter, ubicunque contenditur. Et negocium criminale legimus *L 5. C. de iurisd.* Quin si in privatis caussis prospectum voluit Imperator, ne iudices iniquos habeant, magis in criminalibus, ubi maius periculum. Delinquens a uailio sane indignus, sed quid si deliquisse non constet? Scip. Gentil 3. *de iurisd.* 17. fuse hinc inde disputans, ut & Matth. Steph *Lib. 3. de iurisdict. P. 2. Cap.* 12 *n.* 97. *& seqq.* qui Rectori imperium merum competere adstruit (quod & statuit Pac. *in d. Auth. Cap.* 9. *n.* 13. ita tamen ut velit id ipsi, ut iudici ordinario alias competere, non vero ex *d Auth.* quam de Rectore in universum non loqui, sentit, ut *supra*, sed Episcopo, & magistro, seu præceptori, quibus cognitio criminalis neganda sit,) & post Accurs. Bart. & Clar. §. *fin. Q.* 5. Paurmeist. 2. *de Iurisd.* 8. *n.* 91. Quicquid vero sit, recte idem hoc tempore odiosam inanemque esse hanc contentionem: siquidem privilegia ita hodie reguntur, ut usus & principum voluntas, qui academias fundarunt, definit Matth. Steph. *d. Cap.* 12. *n.* 80 *& n.* 130. sicuti tota magistratuum & iurisdictionis distinctio inde pendet, P. Greg. 32. *Synt.* 10. *n.* 8. Ea specialibus itaque, cuiusque academiæ privilegiis, hoc omne metiendum. Sicuti Tubingensi Academiæ tributum ius

libus illis personis quas diximus, si quid deliquerint, & ibi conveniantur, ubi deliquerunt, non licet sua illa præscriptione uti, sed eos ubi deliquerunt, ibi & publicis legibus subiici placet, omnem huiusmodi præscriptionis honorem reatu excludente. Hoc in *L. 1. C. ubi senat. vel clar.* Et recte. Eleganter enim Tryphoninus: *non recte leges invocat*, inquit, *qui contra eas committit*. L. auxilium. in fin. *D. de minor.*

ius gladii, Sichard. *in d. Auth. n.* 12. Et de Ingolstadiensi, Oxoniensi, & Parisiensi refert Scip. Gentil. *d. Cap.* 17. Quanquam ex Rebuff. *Privil.* 152. *& in d. Auth. pag.* 731. Rectorem tantum de certis caussis, non adeo multis cognoscere apparet. Reliquas vel Episcopos disceptare, si clerici studiosi sis, vel conservatorem regium, si laici, Gryphisvaldensem cum omnimoda iurisdictione mero & misto imperio fundatam, perhibet Matth. Steph. *d. P.* 2, *Cap.* 5. *n.* 23. *& n.* 116. Lipsiensis hoc insuper peculiare habet, ut non tantum in urbe Lipsia deprehensi, sed & extra ad tres dietas a magistratu loci capti Rectori avocanti cognoscendi puniendique remitti debeant; Frideric. Pensold. *in Addit. ad Decis. Coleri* 296.

C A P. XXI.

Suspectum iudicem quamvis magistratum, idoneum iudicem non esse. Tum de iudicibus datis: unde horum initium; qui vocentur, qui idonei; & de horum dandorum potestate.

Transitio. Iudicem idoneum esse qui non sit suspectus. I.
In suspicionem venire etiam Magistratum. Ideo de suspicionis caussis opportunus hic locus. II.
Prætores Romæ, & præsides in provinciis olim potuisse iudicare, si vellent. III.
Item dare iudices potuisse de iure civili V.
At ex iure Iustinianeo ipsos per se cognoscere debere. IV.
Dati iudices quot appellentur nominibus, & quæ appellationum significatio. VI.
Duo in iudice dando spectari oportere, & quæ. VII.
An datus iudex sit idoneus, æstimatur ex tribus, & quæ illa. VIII.

I. CUM in suo territorio adibitur is, qui iurisdictionem habet; cum in caussis iurisdictioni suæ attributis; cum adversus eas personas; quæ eius iurisdictioni subiectæ sunt, quod facit aut litigatorum consensus, aut superiora loca, in quibus quemque iustis de caussis conveniri posse & debere diximus: tum efficitur iurisdictio ea quam competentem diximus, iudex competens is quem in his rebus quæsivimus. Ut iam inventus sit nobis in iurisdictione, non solum is qui iurisdictionem habeat; sed etiam in iurisdictione quis sit, in ea caussa de qua agitur, competens iudex; quod secundo loco quærebamus. Quæ ut concurrant, nondum tamen idoneus iudex constitutus est, quem volumus. Tertium & postremum accedere oportet, ut ne sit suspectus.

II. Iustæ caussæ sunt suspicionis in quovis iudice. Ob eas caussas putamus etiam magistratum & eum quem vocant iudicem ordinarium, non secus ac privatum reiici posse. De quibus ideo hic locus postulat, ut in magistratu ipso cognoscatur, quæraturque, quomodo & quando ex his recte removeatur, ne sit iudex. Sed quoniam hæ caussæ maxime incurrunt in iudices datos, certe præcipue ad hos existimantur pertinere; melius visum est hac quæstione in eum locum delata, ubi de iudicibus datis agemus, de re tota eo loco semel dicere, quod nihilominus ad hanc quoque partem referatur. Et sunt sane eæ caussæ eiusmodi, quæ non minus obstent magistratui cognituro, ne recte & ex officio ac fide iudicet, quam iudici dato. Sed ut ii quæ sunt, obstare debent: ita his remotis constituta est supra scriptis rebus iudicis iurisdictio: constitutus is, cuius iurisdictio sit de ea re de qua agitur, qui idem in ea caussa sit idoneus omni ex parte iudex, ut si cognitionem ad se delatam suscipere volet, nihil ei desit ad cognoscendi, iudicandique potestatem.

III. Nisi forte quis erit, qui eum olim, cuius esset iurisdictio, non putet potuisse iudicare. Quod tamen neminem adhuc fuisse puto, qui negaret. Nam qui disputant prætorem olim non solitum iudicare, id eum, ut arbitror, facere potuisse non negant: sed non fuisse in more, ut faceret, contendunt. Quod ad me attinet, sic statuo, etiamsi prætores Ro-

mæ, aut præsides in provinciis non essent iudicare soliti (de qua re est inter eruditos homines dissensio) tamen si vellent, iudicare iure & legibus [1] potuisse. Quinimmo ideo magistratus esse constitutos, ut de civium controversiis pro potestate iudicarent. Inde magistratus veteribus, ac non posterioribus tantum temporibus iudices appellati. Quod Livius *lib. 3. ab urbe condita* testatur. Idem ex illis verbis Ciceronis *lib. 3. de legibus* potest intelligi; *Iuris disceptator*, inquit, *qui privata iudicet, iudicarive iubeat, prætor esto*. Non enim me movet, quod quidam non [2] fuisse eas duodecim tabularum leges, quas Cicero proponit, differunt. Ut non sint; tamen Cicero compluribus locis in illis libris profitetur suas se leges aut ex lege duodecim tabularum, aut ex more maiorum expressisse. Cuius hæc verba sunt libro secundo; *Ergo adeo expectatæ leges, quæ genus illud optimum Reipublicæ contineant, & si quæ forte a me hodie rogabuntur, quæ non sint in nostra Republica, nec fuerint; tamen erant fere in more maiorum, qui tum ut lex valebat*. Item illa ex lib. 3. *Quam brevi, frater, in conspectu posita est a te omnium magistratuum descriptio: sed ea pene nostræ civitatis, etsi a te paulum allatum est novi*. In libris nostris magistratus aperte nominantur iudices: ex quo ille Titulus, *De rebus auctoritate iudicis possidendis*. Non enim hic intelligere possumus iudicem privatum; sed magistratum dumtaxat, & eum qui præditus est potestate: cuius solius est iubere possidere, & in possessionem mittere [3] *L. Fulcinius, D. quib. ex caussis in possess. eat. L. 4. D. de iurisd.* Hinc illa Ulpiani in *L. 1. D.* de iud. *si se subiiciunt aliqui iurisdictioni, & consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio*. Apertius Paulus competentem iudicem vocat eum, quem dicit pro

1) Immo, tam hoc quam illud in dubium vocari, & utrumque a quibusdam negari, reperimus. Potuisse eos iudicare & consuevisse quoque, docent Baro *Var. QQ. de Iurisdict. fol.* 41. *& seqq.* qui ex Cic. *de LL.* Agell. & Ascon. &c. constare, scribit, Prætorem urbanum sententiam etiam in iudicio, in quo de facto ambigitur, dixisse. Charond. *de Iurisdict. n.* 6. Robert. 4. *Sent.* 23. Bocer. *de iurisdict. Cap.* 1. *n.* 41. Nam & præsides caussas diiudicasse, ait Baro, probari liquido *L. 8. & seq. de off. praes* unde arguit; Si præses, quem unum provincia tota habebat, facilius Prætor, quum in urbe tot essent magistratus. Et iudicationem ac cognitionem magistratibus tribui *L. 42. de re iud. L. 4. de off eius L. 11. de iurisdict. etc.* Lege enim conceditur iudicem dare *L. 12. de iudic.* non iniungitur. Contra Magistratus non iudicasse, nisi in certis caussis extra ordinem, Cuiac. 9. *Obs.* 23. *in fin.* Govean, *ad L. 13. de iurisdict. n. 3. & seqq.* Menoch. 1. *Arb. Q. 2. n. 9. & seqq.* Duar. 1, *Disput.* 53. *& de Iurisdict. Cap. 2. & in Apolog. adv. Baron.* ubi ad *d. L.* 8. *&* 9. Resp. ibi non tractari de officio præsidis ordinario, sed vi ac potestate rescripti. Qui & ideo dictas extra ordinem cognitiones censet. Quod si munus prætoris ordinarium iudicare, ait Duarenus: Ulpianus in *L. 5. de re iudic.* edictum non improbasset, sed ad iudices datos produxisset. Quæ tamen parum roboris habent. Vaud. 1. *Quaest.* 10. Negocia caussarum, id est factum contentionis, & speciem veluti an heres sit, an debeat, &c. nunquam in ordinariis iudiciis, ipsos magistratus cognovisse. Vult. 1, *Discept.* 1. *pag.* 10. *& seq.* Magistratus pro iure potestatis suæ potuisse, vel iudicare ipsos, vel iubere iudicare. Raro vero illud, tum quod vacare non potuerint, tum quod maiestate sua inferius duxerint; denique quod noluerint. Sic enim Cic. *ad Q. Fr.* 1. Epist. 2. *Quid? Prætor solet iudicare deberi? Solet* dicit non *potest*. Et Sueton. *in Claud.* Cap. 15. *in his, quæ ordinarii iuris magistratus non cognoscebant, sed iudices dabant*. Verba hæc ad factum referuntur, non ad ius & potestatem. Quod vero specialem iudicem ipse se dare nequit *L. ult. de off. prat, L. 4. de eut. Lat.* id inde esse, quia ipso iure iudex existit, vi officii sui, nec ulla datione opus. Scip. Gentil, 1. *de Iurisdict.* 28. Non solitus, inquit, iudicare passim Prætor, sed non posse nemo posthac dixerit, cum tot eruditi viri id refutaverint. At idem ipse, sui oblitus, *Lib* 2. *Cap.* 21. iure ordinario, moreque prohibente, iudicare prætores non potuisse per *L. 2. princ. C. de pedan. iudic.* & nec debuisse, nec consuevisse ipsos cognoscere, nisi paucis de caussis, & raro. In quo & consentiunt Anton. Guib. 1. *Quaest.* 8. Busius *ad L. 1. de iurisdict. n. 8. & seq.* Timæus Fab. 1. *Annot.* 23. Gothofr. Ant. *Disput. Antivals.* 3. *Th.* 15. *& seqq.* Qui maxime urgent *d. L. 2. C. de ped. iud.* verba: *non possent cognoscere* vid. *Ca. seq. N.* 4 & Ciceronem *d. loco* ad ius potius & morem respexisse, scopo eius attento, liquere; quin imo si in Republica Romana ita observatum & magistratus ipsi non cognoscerent, utique consuetudine vetitos illos fuisse, arguit Goth. Anton. *d. Disput. Th.* 26. *& 2. seqq.* Quin Timæ. Fab. *d. lo.* pro hoc ipso adducit *d. L. 8. & 9. de off. proconf.* quia utrobique verbum *debeat* formam necessitatemqua iuris denotet. Quo hoc eum velle apparet remissis negociis ad præsides a principe, ipsum vel cognoscere debere, & non posse iudicem dare, scilicet si caussa prætoriæ cognitionis; vel iudicem dare debere & cognoscere non posse, scilicet si caussa ordinarii iuris.

2) Et recte vid. Duar. *in Apolog. contra Baron. n.* 3. ubi ad hoc plures locos ex ipso Cicerone profert. Ac scitissime ostendit Fr. Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 4. *p.* 226. *& seq.* add. Ant. Guib. *QQ. Iur. Cap.* 11. *n.* 13. Cuiac. *ad L. 24. de V. S.* Merc. 1. *Opin.* 17. Nihil quoque vetat verba, *qui privata iudicet*, ad cognitiones prætorias; illa vero *iudicarive iubeat*, ad ordinarias referre. Gotofr. Ant. *d. lo. Th.* 29.

3) *L. 2. Si quis in ius voc. non ier. L. 34. Sol. matr, L. 20. Com. divid. L. ult. in fin. de Cur. fur.* iunct. *L. 1. §. 3. verbo decreto de tut. & rat. distr. L. 4. §. 1. de interr. in iure L. 32. princ. de adopt. L. 32. §. 7. de rec. arb. L. 1. §. 6. cir. fin.* ibi pro æstimatione iudicis de postul. *L. 8. princ. D. Qui satisd. cog.* iunct. *L. 1. D. L. quie caut.* (Satisdatio enim iudicio sisti est stipulatio prætoria *L. 1. §. 3 de stip. prat.*) *L. 5. C. de iudic.* a iudice iudex delegatus, id est a magistratu datus specialis *L. ult. C. de prat. pign.* ubi pignora prætoria quæ a iudicibus dantur *L. pen. D. de iudic. L. pen. iudic. solvi L. ult. de R. V. L. 13. Quod met. ca. L. 2. C. de usur. & fr. leg. rub. C. de iurisdict. om. iudic.* Baro *Var. QQ. de Iurisdict. fol.* 44. & passim Guibert. *QQ. Iur. Cap.* 9. *n.* 6. *&* 7. Govean. *Lib. 2. de Iurisdict. n.* 38. *& seq.* Et priscos promiscue Prætorem, Iudicem, Consulem usurpasse, docet Lips. *de Magistr. vet. pop. Rom. Cap.* 7. Sed & Agell. 14. *Noct.* 4. iudicis officium describens magistratum intelligit, quia ea iudici delegato non conveniunt. Quod vero Wes. *ad tit. C. de pedan. iud. n.* 5. *&* 6 docet non vocari iudicem, nisi addito officii titulo, qui tribunali præest, nec absolute nisi in materia, quæ proprie ad eorum iurisdictionem pertinet; id *dd. LL. pleraque* non admittunt. Sicuti nec illud probo, quod ratione earum tantum caussarum, de quibus cognoscere poterat, ut Guibert. *d. lo.* Timæ. Fab. *Annot.* 23. Immo etiam tunc cum ipse non iudicavit, ut per *d. Rub. D. de reb. auct. iud. poss.* probat Scip. Gentil. 1. *de Iurisdict.* 28. & Don. noster *infra Lib. 24. ad tit. de iureiur. Cap.* 15. ubi vide.

pro iurisdictione sua multam irrogare posse. Quanquam vel illud certissimum argumentum est magistratus etiam ipsos iudicare potuisse, quod ipsi iudices dare potuerunt. Nam quomodo iudicandi potestatem 4 transferrent ad alium, qui ipsi iudicare non possent? & ius & natura prohibent. *L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* *L.* 4. *§. ult. D. de offic. proc.* At enim magistratus populi Romani & præsides provinciarum cognoscere & iudicare non solebant, sed iudices dare. Agnosco, sed non eo minus & ipsi iudicare poterant. At distincta hæc sunt, ius dicere, & iudicare. Distincta: verum non ut in quo est potestas iuris dicendi, non sit etiam in eo & potestas iudicandi; sed ita, ut distinguitur species a genere. Nam in iurisdictione inest cognoscendi & iudicandi potestas: in notione non statim iurisdictio. Nam quod dicitur in *L.* 3. *D. de iurisd.* Iurisdictionem esse etiam iudicis dandi licentiam: vel hoc unum maxime declarat non solam iudicis dandi licentiam esse iurisdictionis, sed & alia quoque. Quæ certe constat esse complura. *L.* 1. *D. de iurisd.* In quibus ne dubitemus hoc ipsum etiam olim fuisse ut statueret magistratus, utrum iudicaret ipse, an iudicem daret.

IV. Nunc quidem hæc omnis quæstio sublata est constitutionibus, quibus non modo non denegatur facultas cognoscendi magistratibus, sed etiam ipsi cognoscere iubentur. *L.* 2. *C. de peda. iud.* Cognoscere igitur ipsi iudicareque & antea potuerunt, si vellent, & nunc possunt maxime. Quod ipsis suscipientibus nihil est, ut dixi, amplius, quod de iurisdictione eorum & potestate in eo iudicio ambigatur.

V. Sed fieri potest, ut det iudicem is, cuius de ea re erat iurisdictio. Iudicem, inquam, idest eum qui de re cognoscat & iudicet; nihil amplius: qui notionem habeat cum iudicandi potestate coniunctam, non iurisdictionem. Quod si fit; si quidem iure dari potest, hic nobis nascitur secundum genus illud iudicum, de quo initio proposuimus sub titulo de iudicibus; iudicum nimirum eorum quos iudices datos appellamus, & quorum 5 notionem solum, non iurisdictionem esse diximus. Quo genere oblato inducetur deinceps & in horum iudicum persona eadem illa quæstio, quæ in magistratibus, & iis qui iurisdictionem habent, sitne continue idoneus iudex, qui ab eo qui iurisdictionem habuit, datus est, & an recte datus perseveret. Si tamen, inquam, agnoscitur hoc genus iudicum iure civili, & si iure iudex dari potest ab eo, qui pro iurisdictione sua aditus iudicem dare maluit, quam ipse iudicare, aut ideo dedit, quia non poterat per occupationes cognoscere. Nam si iudex dari non potest, frustra qualis sit is index, quæritur. Sed & plusquam certum est, constitutam esse hanc pote-

4) Ad hoc resp, Gothofr. Ant. *Disp. Antivult.* 3. *Th.* 30. distinguit inter potestatem iudicandi, quæ vi iurisdictionis semper competit, & exercitium, quod illis regulariter, ius ordinarium & mos per se expedire vetuit. Sicuti personæ illustres etsi actiones ipsæ habeant, non tamen per se eas exercere possunt, sed per Procuratorem. Et certe, addo ego, non debet cuiquam absurdum videri, si hoc magistratibus, in quibusvis caussis non licuit, quasi inde imminuatur eorum auctoritas, vel potestas. Immo augetur, si non possunt ea, quæ infra suam conditionem, quæque tanti non habita, ut eo animos a curis gravioribus abstractos demittere deberent.

5) Non autem iurisdictionem nec mandatum, ut DD. vulgo errant, vid. *infra Cap.* 23. Et ita Duar. 1. *Disput.* 53. *ac ad L.* 7. *§ & ideo de pact.* Cuiac. *in Par. C. de pedan.* Camill. Plautius *ad Rub. D. de off. eius Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 5. Anton. Guib. *QQ. iur. Cap.* 9. *n.* 15. Anton. Fab. *ad L.* 1. *de iurisd.* Vult. *ad L.* 3. *C. de iurisdict. n.* 14. Gœdd. *ad L.* 99. *de V. S. n.* 1. Qui tamen sui immemor *ad L.* 215. *eod. n.* 9. Iudici dato tribuit, & male, ab imperio nudam iurisdictionem, qui plus imperii, ait, non habet, quam quatenus ei satis est ad caussæ datæ examen. Quomodo & Pollet. 3. *Histor. fori Cap.* 1. *& Cap.* 6. ac Govean. *ad L.* 6. *de iurisdict.* sæpicule vocant iudicia dati iurisdictionem. Tametsi hic alibi *Lib.* 2. *de iurisdict. n.* 5. illi tum iurisdictionem tum notionem male negat, eo quod cognoscere nisi iussus nequeat. Immo notio huius propria, ut *Cap.* 26. *N.* 6. Quanquam autem hi iurisdictione & imperio careant, tantum tamen illis potestatis, quantum satis est ad illius caussæ expeditionem, Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 11. Eaque ipsis concessa, sine quibus notiocium explicari nequit, argum. *L.* 3. *de iurisdict.* ut iubere partes coram se adesse, testium nomina edi, dare dilationes, iubere cavere, stipulatione iudiciali, quæ ad merum iudicis officium pertinet. Govean. *ad L.* 2. *de iurisdict. n.* 3. de quibus vid. Scip. Gentil. 1. *de Iurisdict.* 15. Cæterum his facti tantum, non iuris notio, Charond. *de Iurisdict. n.* 15. & ut Ræv. *Protribunal. Cap.* 11. nuda simplexque veritatis, quæ facti, & iuris certi inquisitio commendabantur. Nam si perplexa iuris incideret quæstio, iudex non poterat sumi ex ordine selectorum, ut Seneca 3. *de Benef.* 7. Sed controversiæ, edicto concilio sive conventu, centumvirorum sententiis, apud Urbanum prætorem dirimebantur; unde Cic. 1. *de Orat. p. m.* 189. Centumvirales caussas in iure positas dicit. Ac diserte Quintilian. *L.* 4. Cap. 2. *Apud datos iudices*, ait, *de facto certoque iure*, *de iure incerto apud centumviros*, *decemvirosque*, *tractari solet*, Ræv. *d. lo.* *&* 2. *de Praeiudic.* 7. Phil. Broidæ *in Supplem. ad Pollet. Lib.* 5. *Hist. fori Cap.* 5. *pag.* 442. P. Greg. 47. *Synt.* 19. *n.* 4. Ius igitur non dicebant, sed a magistratu in formula dictum pronunciabant, ut Vult. 2. *Iurispr.* 1. *n.* 13. nec illis licebat diversum ius ab eo, quod formula præscriptum sequi. Duar. *in Apolog. de Iurisd. n.* 2. (ubi tamen agnoscit de iure & æquitate ex formula ipsa litem oriri potuisse) adeo ut nec condemnare, nec absolvere possent, nisi eiusdem formulæ permissu, Govean. *ad L.* 1. *de iurisdict. n.* 3. Hinc iudex datus ad restituendum fundum; si apparebat fundum alterius esse, non poterat eum adiudicare, ut ex Cic. *in Pratura Siciliensi* probat Govean. *d. lo. n.* 3. Facit *L. pen. D. de confess.* add. Pollet. 3. *Histor. fori* 15. Diss. quodammodo Baro. *Var. QQ. de iurisdict. f.* 41. Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisdict. Cap.* 5. *n.* 16. *&* 2. *seqq.* Scribens si actio in iure versabatur, arbitros datos, ut ex æquo & bono iudicarent, vel iudices formula præscripta. Sin de facto controversia, Recuperatores. Qui idem tamen *Lib.* 3. *Cap.* 4. *n.* 16. *& n.* 19. Recuperatores fuisse ordinarios iudices, iurisdictionemque ordinariam habuisse, prætorique aut præsidi eos assedisse, statuit. Quæ nec secum ipsa conveniunt. Assessores enim ut *infra Lib.* 18. *Cap.* 2. *N.* 17. nec iurisdictionem nec notionem propriam habent.

potestatem iudicum dandorum iure civili, ut quorum iurisdictio est, hi iudicem dare possint. Unde & iudicum datorum tam crebra mentio, & horum sententiis iudicati auctoritas tot locis tributa. Ex quo & illæ quæstiones natæ, qui iudices dare, darive possint, & quibus in caussis. *L. penul. L. cum prætor*, 12. *L. iudex*, 46. *D. de iud. titu. C. qui pro sua iurisd. iud. dare poss.* Et ne longius abeamus, ipsa adeo iurisdictio dicitur esse etiam iudicis dandi licentia. *L.* 3. *D. de iurisd.* Quod nihil aliud est quam in iurisdictione inesse potestatem iudicis dandi, proinde qui iurisdictionem habeat, huic ipsi iudicem dare licere.

VI. Atque hinc quoque rem secuta nomina rei & personæ iudicum convenientia, quæ ideo hoc in loco observari utile erit, non solum ut hos iudices iure civili cognitos esse testentur; sed etiam ut ex appellationibus iudices ipsos agnoscere discamus. Plura enim hæc nomina sunt, neque omnium significatio & vis eadem. Dicitur [6] ergo qui a magistratu iudex datus est, usitate quidem & ex re ipsa iudex datus. *L. iudex*, 46. *D. de iud.* & eodem sensu index delegatus. *L. a iudice*, *C. de iud.* Sed quod ab ea datione abest longius, dicitur etiam specialis iudex. *L. ult. D. de off. præt. L.* 5. *D. de offi. præsi.* Idem & iudex [7] pedaneus. *L.* 3. *D. ne quis eum qui in ius voc. vi ex. L.* 4. *D. de tut. & cur. dat. titu. C. de pedan. iud.* Pro quo dictus est Græcis [8] χαμαδικαστής. Sic appellatur Iustiniano *Novel.* 60. *ut defuncti seu fun. eo*, §. *illud.* Sic Theophilo *Instit. de interd.* in prin. Quarum appellationum hæc ratio & notio est. Dicitur datus ideo, quia non sumitur a litigatoribus, ut solent sumi & adiri iudices ordinarii ad ius cuique reddendum iam ante constituti; sed ita litigatoribus iudex est, si nominatim & ut quæque res incidit, illis sit datus. Dicitur delegatus eadem notione

6) Qui & selecti, vid. *infra Cap.* 24. *N.* 21. addicti passim in veterum scriptis, Scip. Gentil. 2. *de Iurisd.* 8. cognitores dati *L. un. C. Qui pro sua iurisdict.* disceptatores, vid. Pollet. 3. *Hist. fori* 12. arbitri iure dati. Hosce enim pro iisdem fere sumit, & Iurisconsultos promiscue usurpasse, contendit Duar. *de Iudic. Cap. de iudicib. datis*, & *ad L.* 7. §. & *ideo de pact. fol.* 55. & fac. *L.* 24. *Depos.* iunct. *L.* 7. *de neg. gest.* & *L.* 54. *Locati*. Quanquam cum & arbitri a iudicibus separentur §. 1. *I. de act. L.* 9. *L.* 15. *pr. de re iud. L.* 7. *pr. ad L. Iul. repetund.* alii arbitros datos ad æquitatis cognitionem velint, Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 277. vel ubi de iure controversia P. Greg. 47. *Synt.* 12. *n.* 4. Alii arbitros dictos in bonæ fidei iudiciis ac arbitrariis, iudices in strictis, Ant. Gusbert. *QQ. Iur. C.* 9. *n* 55. Vult. *in* §. 1. *de act. n.* 47. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Iure civ. Rom. Cap.* 18 Alii, & melius, varias pro re subiecta arbitri acceptiones esse, ut modo iudex datus quilibet significetur, modo specialius in bonæ fidei vel arbitrario iudicio, modo cui incidens tantum negocium explicandum commissum *L. pen. de confess. L.* 9. & 10. *Qui satisd. cog.* modo in locum iudicis suspecti electus, ut *infra Cap.* 25. &c. vid. Paurmeist. 1. *de Iurisdict.* 19. *n.* 4. Eosdem Recuperatores vocatos recte censent Duar. *d. lo.* Pollet. 3. *Hist. fori* 15. Rævar. 3. *Var.* 20. Quia Valer. Prob. *Lib. de Litteris antiquis* veteris formulæ meminit. *Quanti ea res erit, tanta pecunia iudicium recuperatorium dabo*, Plaut. *Bacchid.* 2. Sc. 3. *Postquam quidem recuperatores dedit*, ubi Taubm. ex Hotom. Ita dictos in privatis controversiis, quacunque de re ageretur, & Agell. 20. Noct. 11. *Prætores iniuriis æstimandis, recuperatores se daturos edixerunt*. Quin igitur non in solis interdictis usurpati, ut fere sentit Ioach. Steph. 3. *de Iurisdict.* 8. *n.* 16. & *seq.* sed & in mutuo & aliis; ut satis liquet ex Cic. *Verr.* 3. ubi crebra recuperatorum mentio, & ea eodem Cic *pro Flacco* probat Pollet. *d. lo.* ubi vocatos vult, quod apud illos certetur de recuperando, & quod in sponsionem depositum. Festus vero *Lib.* 16. quod de rebus privatis recipiendis, reddendisque cognoscerent, P. Greg 4. *de Rep.* 5. *n.* 11. ubi scribit, in facti quæstionibus datum fuisse vel iudicem unum vel recuperatores saltem tres. Et iudicem quidem a recuperatore separat Cic. *pro Cæcinna*, non longe ab initio, sed facile sequentia convincunt iudicem eum intelligere caussæ capitalis. Plura de Recuperatoribus Coras. 3. *Misc.* 18. Petr. Nann. 9. *Miscell.* 6. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiquo Iure civ. Cap.* 18. *p.* 222. & *seq.*

7) *L.* 1. §. 6. vers. *item Senatusconsulto de postul. L.* 83. §. 10. *de pœn. L. pen. C. de pact. L.* 2. *C. de libert. & eor. lib. L. ult. C. Ubi & ap. quos in int. L.* 15. *in fin. C de iudic.* Qui loci & alii plures adducti a Govean *Lib.* 2. *de Iurisd. n.* 25. & Vult. 1. *Iurisd.* 1. *n.* 13. cum ubique constans sit scripturæ fides, plus satis arguunt temeritatis eos qui pedanios iudices, non pedaneos legi debere contendunt, Vacon. 6. *Declar* 83 Rainal. Cors. 2. & *Indag.* 21. & Marcell. Donat. *Dilucidat. in Tacit. Lib.* 3. *p.* 150. Enimvero *Pedanei* quidem *dicti iudices dati.* ut *t. t. C. de pedan. iud.* Nec assentiendum est Muscorno *de Iurisd. n.* 173. & Charond. *de Iurisdict. n.* 9. putantibus ibi significari, quibus iurisdictio mandatur: tum per seriem *tit. Cod.* ubi *tit. de pedan. iud.* sequitur tit. *Qui pro sua iurisdictione*. Tum per *d. L.* 3. *Ne quis eum qui in ius voc. L.* 38. §. 10. *de pœn.* quæ ad iudicem specialem referri nequeunt. Denique quia Anian. *ad* 5. *sent. Pauli* 28. pedaneos dici qui ex delegatione caussas audiunt. Mandati vero & delegationis promiscua usurpatio. Nam hos omnes *LL. d. t. C.* diserte refellunt, quæ dari hos iudices nimis clare dicunt Et imo, in *L.* 5. *C. de iudic.* delegatus non potest accipi, cui mandata est iurisdictio, ne repugnet *L.* 12. *D. eod.* Nec sequitur: delegatio idem significat quod mandatum: Ergo ut supra. Nam & iudici speciali mandatur, non iurisdictio, sed caussa, & delegatur is ad iudicandum & cognoscendum. Baro *Var. QQ. de Iurisdict. fol.* 42. Ad quos autem *d. L.* 3. & *d. L.* 38. referri debeant, mox dicetur. Dispositio titulorum Cod. non adversatur. Nam titulus *de pedan. iudic.* est de personis qui dantur; sequens vero de iis qui dant, seu delegant conceptus. Sed non solis his iudicibus propria hæc appellatio, verum, ut rectissime *Ræv.* 3. *Coniect.* 20. communis omnibus qui in subselliis considebant, quibusque tribunal ascendere fas non erat. Sive illi magistratus essent Romanorum minores; ut Tribuni, Quæstores, Triumviri, Ascon. *in Divinat. Cic. P.* 10. Confer P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. p.* 321. ubi ex Dione *Lib.* 44. minores magistratus non βῆμα, sed δίφρα habuisse docet, & Cornel. Vitell. Annotat. *in Georg. Merulam C.* 22. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 4. Quo sensu pedanei in *d. L.* 1. §. 6. *de postul.* cui ita non obstat *d. L.* 1. §. 2. verbis *apud eum qui iurisdictioni præest*, quod solus est magistratus. Nam & hi iudicia sua minora propria auctoritate exercebant. Sic & accipi vult Ræv. *in L.* 5. §. 1. *Ne quis eum qui in ius voc.* de quo suo loco. Sive magistratus municipales, ut in *d. L.* 38. §. 10. *de pœn.* Nam ut offerri curiæ dicuntur, qui in decuriones recipiuntur, ita & submoveri curia, qui decurionum ordine moventur. Sic enim Curia in municipiis accipitur *L.* 19. *ad Munic.* sive denique iudices a magistratibus addicti ut *t. t. C. de pedan. iudic.*

8) χαμαὶ enim significat humi, in terra. Et χαμαιδὸς idem sonat quod humilis, Duar. *de Iudic. C. de iudic. datis fol.* 155. Etsi Vult. 2. *Iurispr.* 1. *n.* 13. hoc epitheton magis illis sub Imperatoribus convenire, quam sub populo Romano, ubi caussas etiam graviorem tractarint. Atqui non a caussis, sed a loco, quo iudicabant, hæc appellatio.

tione qua datus, quia delegatus est ad caussam cognoscendam & iudicandam. Specialis ideo, quia datur specialiter de re certa, & ea quæ nunc se offert, non latius. Pedaneus autem a pedibus, ut significetur is index, qui iudicet sedens quidem, sed tamen ex ? imo loco ita, ut humum calcet pedibus, & ab iis qui humi insistunt, non multum differat. Appellatio dicta ex iudicis sessione. Sessio autem huic generi proprie attributa, quæ indicaret iudicem esse eum, qui iurisdictione præditus non esset. Est enim insigne hoc magistratuum, & eorum, qui vice magistratuum funguntur, ut ius dicant sublimes & a solo elati, insidentes videlicet ei sellæ, quæ Romanis [10] tribunal appellatur, aut in editioribus subselliis. Unde illa, cognoscere pro tribunali, & tribunali præesse, de iis qui pro iurisdictione cognoscunt, & præsunt iurisdictioni *L. 2. D. de re iud. L. 1. D. de iud.* Verbo Greco Iustinianus & Theophilus vim pedanei iudicis commode & admodum significanter expresserunt.

VII. Licet ergo, ut dixi, iudicem dare, estque hoc genus iudicum datorum distinctum ab illo altero, de quo diximus, nec minus & re & nominibus cognitum & usitatum iure civili. Sed videndum est, quatenus. Non enim passim concessum est iudicem dare. Certæ sunt in eo conditiones & leges, extra quas iudex datus non est idoneus, ac propterea ne iudex quidem est. Sed etsi ab initio idoneus sit, qui datus est; tamen necesse est, ut iudex esse perseveret, quem ad extremum talem esse volumus. Qui iudex esse desiit, ex iure tam iudex non est, quam si ab initio datus non esset. Quapropter restant hic nobis illa duo, de quibus ante dixi, quæ in iudice dato quæramus, An iudex datus sit idoneus, & an datus perseveret.

VIII. Iudex datus idoneus est is, qui iure datus est; seu qui ita datus est, ut per leges licet. Ut iure datus sit iudex, & is quem idoneum dicimus, tribus in rebus positum est, quas ius hic spectari voluit, & quibus legem dedit: in caussis de quibus agitur; in persona dantis iudicem; & in persona ipsius iudicis dati. In caussis, ut in his iudicem per leges dare liceat; non enim licet dare in caussis omnibus. In persona dantis, ut sit is, qui iure iudicem dare potuerit: non enim omnes dare possunt. In persona iudicis dati, ut sit is qui officio iudicis fungi possit. Non enim fungi possunt omnes, nec conditione ipsa personæ omnes sunt idonei iudices quanvis recte delegati. Quare qui quid ius hic præscribat noverit, idem quis sit idoneus, aut non idoneus iudex, intelliget: de quibus sigillatim cognoscendum est.

CAP.

9) Ita Ræv. 3. *Coniect.* 20. quod non in tribunalibus aut sellis curulibus, sed subselliis considerent, Agell. 14. *Noct.* 2. Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 8. Wes. *ad tit. C. de pedan. iud. n.* 13. Quasi imi subsellii iudices, Briss. *in Lex.* Quasi agipedes aut planipedes, quod in subselliis de plano iudicarent, collatitio aut fortuito scamno, fortuito cespite, Cuiac. *in Par. C. de ped. iud.* Quod plano pede iudicarent, non pro tribunali, sederentque humiles, vel litigatoribus conducentibus subsellia, Sueton. *in Nerone*, vel ærario præbente gratuita, Cuiac. *ad Nov.* 82. Aliter Vult. 2. *Iurispr.* 1. *n.* 13. non autem loco, sed a modo cognoscendi dictos mavult, quod formulæ præscriptæ tenaciter inhærentes in sententiam magistratus pedibus irent. Sed hæc notatio non convenit magistratibus minoribus & municipalibus, qui æque sic vocantur, ut *supra N.* 7. Alii dictos volunt exemplo pedariorum Senatorum, Govean. *Lib.* 2. *de Iurisdict. n.* 26. Broidæ. *in Coroll. ad Poll.* 5. *Histor. fori* 8. *n.* 6. quod ut illi in curiam, ita hi in forum pedibus irent, nec sella curuli veherentur. Unde & pedarios, pro pedaneis restituunt Vacon. Cors. & Marcel. Donat. ut *supra N.* 7. Sed hanc notationem reprobat Duar. *de Iudic. Cap. de iudic. dat. fol.* 115. Alii quod stantes in Comitio iudicarent ex illo, Cic. *de Clar. Orat.* In comitium veniant, ad stantem iudicem dicant: subsellia grandiorem vocem desiderant. Anton. Guib. *QQ. Iur. Cap.* 9. *n.* 14. Sed Wes. *ad 1. C. de ped. iud. n.* 13. *per Nov.* 82. *Cap.* 3. verbo *sedebunt*, id reprobat. De subselliis tum iudicum tum litigantium pluribus Poll. 1. *Histor. fori* 6. Corn. Vitell. *Annot. in Merulam Cap.* 22. Ald. Manut. *L.* 3. *de Quaest. per epist.* 4.

10) Tribunal locus erat sublimis & editus, quo per gradus conscendebatur, capax admodum & spaciosus, curvatus paululum ut conciperet, quasi in circuitu, adstantes, de cuius forma vid. Rævar. *Protrib. Cap.* 7. Sibrand. Tetar. Siccama *Lib.* 1. *de Centumvir. iudic. C.* 3. Pollet. 1. *Hist. fori* 6. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 31. Hot. *ad L.* 8. §. 17. *de transact.* Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisdict. Cap.* 3. *n.* 34. *& seq.* ac qualis fuerit in provinciis, idem *Lib.* 3. *Cap.* 12. *n.* 32. In hoc tribunali ponebatur sella curulis, ut ex Valer. Max. *Lib.* 3. *Cap.* 5. Siccama *d. Cap.* 3. (licet eum locum de sella in plano posita accipiat Ræv. *d. Cap.* 7.) de qua vid. *not.* Goth. ex Brissonio, tacito auctore ad *L.* 1. §. 5. *de postul.* Sæpe tamen de plano Prætor vel Proconsul cognoscebat: Et opponuntur hæc de plano & pro tribunali *L.* 3. §. 6. *de bon. poss. L.* 2. §. 1. *Quis ordo in bon. poss. serv. L.* 18. §. *ult. de qq.* Planaria enim cognitio in plano loco & inferiore fiebat; cum vel ex tribunali in aream descendebat magistratus, & obiter *uelá vitas* evestigio litem dirimebat, Pollet. 1. *Histor. fori* 5. *pag.* 38. vel etiam, cum per vicos plateasque urbis obambulans, dum adessent operæ eius indigi sella eburnea in plano loco posita, illique insidens controversias rerum minorum disceptabat, Liv. *Lib.* 41. Rævard. *d. Cap.* 7. Siccama *d. Cap.* 3. ubi cognitionem hanc non tantum solemnibus sessionum diebus, sed etiam feriatis fieri solitam statuit &c. Quanquam non eandem fuisse expeditionem de plano cum cognitione summaria contra Ræv. *d. lo.* & Forcat. *Dial.* 80. contendat Iac. Curt. 3. *Coniect. ad Fr.* 41. Ab eademque distare cognitionem levato velo *L. pen. C. de Naufr. Lib.* 11. *tit.* 4. Forcat. *d. Dial.* 80. *n.* 5. quam pro eadem habet Broidæ. *ad Pollet.* 1. *Histor. fori* 5. *n.* 2.

C A P. X X I I.

Quibus in caussis iudex dari possit.

Ratio ordinis & partitio. I.
Iudicem dare nemo potest in iis, quae ad iurisdictionem dantis non pertinent. II.
Excipitur iudex a principe datus, & qualis haec exceptio sit, explicatur. III.
Non omnes caussas, quae sunt ex iurisdictione, iudicis dationem pati. IV.
Analysis & summa L. placet 2. C. de ped. iud. V.
Quomodo discernendae caussae, in quibus iudicem praetores dabant; quod ipsi non possent cognoscere: quae posteriorum verborum vis & significatio. VI.
Duo caussarum genera, quae praesides ex officio cognoscebant; 1. Criminales. VII. VIII.
2. Caussae cognitionis praetoriae. Harum species quatuor, & quae. IX. X.
Quorundam in his explicandis notatur inscitia. XI.
Ratio constitutionis & distinctionis superioris. XII.
Superior constitutio non pertinet ad iudices a principe datos; & quare. XIII.
Item nec ad humiliora negotia; & quae sint id genus. XIV.
Nihil constitutioni illi detractum Iustiniani Novella 60. Cuius rei explicandae duplex ratio: quae probabilior. XV. XVI. XVII.
Superiorum collectio, & transitio. XVIII.

I. PRincipio eum de potestate iudicis dandi quaeritur, ipsa caussa spectanda est, in qua iudex datur. Nam si caussa hanc dationem non admittit, frustra progredimur longius, quaeriturque de iurisdictione dantis, aut conditione dati iudicis, quae quantumvis idonea, tamen in caussa aliena nihil iuvent. Non omnes autem caussae iudicem datum admittunt, ut proposui. De quo ex iurisdictione iudicis in ea caussa primum: post deinde ex genere ipso caussae statuendum est.

II. Quaedam enim caussae ad iurisdictionem dantis pertinent, quaedam non pertinent. Si quae non pertinent; de his ante omnia hoc statui oportet, cuiuscunque generis caussae sint, neminem in his iudicem dare posse. De quo diligenter cautum est in *L. unic. C. qui pro sua iurisd. iudic. dar. da. poss.* his verbis: *In caussarum delegationibus*, aiunt Imperatores, *illud consultissime praecipimus observari, ut ita valeant, si ad iurisdictionem pertineant*[1] *delegantis*. Et addunt, quod ad vim huius dationis pertineat, atque ita cavent, *si quis alienae iurisdictionis caussam crediderit delegandam*, adeo pro[2] infecto id futurum, non solum ut iudex parere non cogatur, sed etiam ut si obtemperans sponte susceperit cognitionem, & iudicarit, sententia tamen nullius sit momenti, ut ne appellatione quidem sit opus. Et recte. Id enim futurum erat, *si ipsi qui delegaverunt, alienae iurisdictionis*

1) Competentia & incompetentia iudicis dati, adeoque omnis eius auctoritas pendet a competentia dantis, Vult. *ad L. 1. C. de iurisd. n. 23.*

2) *L. 1. C. de pedan. iud. L. 1. in fin. D. Quod quis iur. L. 2. in fin. de poen. tit. C. Si a non comp. iud.* Nec ullus maior iudicii defectus, cum habeatur pro insanabili, quia iurisdictio basis & lapis angularis totius iudicii, ut ea Vantio *Tit. de Nullit. ex def. iurisdict.* Vult. *ad L. ult. C. ubi in rem n. 7.* Pruckm. *Vol. 1. Cons. 8. n. 308. & seq.* Atque haec nullitas nullitatum vocatur interpretibus A. Fab. 10. *Coniect. 5.* quae nec promissione iurata de non veniendo contra tollitur, Seraphin. *de* Seraph. *Privil. iuram. 61. n. 23.* nec statuto de non opponenda nullitate, P. Wes. *Cons. 5. n. 20.* Sed haec ita, quando non potuit prorogari iurisdictio, tunc enim posse opponi exceptionem incompetentiae etiam post sententiam, tradunt Georg. *de* Cabedo *P. 1. Decis. 22. n. 9.* quin imo post tres sententias conformes, Hipp. *de* Marsil. plures citans *Singul. 10.* Alias vero nisi praescriptio fori in principio opposita, iudex non suus, ex consensu competens effectus *supra C. 10. N. 7. & 8.* Unde Vult. *ad L. 5. C. de iurisd.* poenae *d. L. 5.* litis, iacturae scilicet constitutae litigantibus apud alios iudices, locum tantum esse in casibus, quibus prorogatio vetita, absurdeque eam a DD generaliter accipi de vocante reum ad forum incompetens. Ast immo *d. L. 5.* generalis est, (ut & *L. 6. C. Th. de iurisd.* ubi dicitur. *Omnes iacturam litis incurrant qui non in proprio foro iurgaverint*. Et illi locum esse nolunt quando ad incompetentem vocatus ignorans coram eo litigavit, suum iudicem errore putans: ubi iurisdictio prorogata non est, etsi nec prorogari tamen vetita. Ita post Bartol. Bal. Castr. & DD. *in d. L. 5.* Trent. 2. *Pract. Resol. Tit. de Iudic. Resol. 8. n. 5.* ubi & alias exceptiones refert, quando illi poenae non locus, veluti si reus exceptione incompetentiae obiecta, & a iudice reiecta, non appellavit, sed sententiae acquievit: quo casu iudicium nullum non est, sed acta valent, Decian. 4. *Tr. crim. C. 34. n. 6. & n. 13.* Locum autem poenae esse vult, si excepit, & iudex se agnovit incompetentem. Iusta hoc reus pro condemnato habebitur, ex *d. L. 5.* quando coram vere suo iudice conventus, ad alium tanquam ex privilegio falso revocavit. Sic enim malo, quam de legis *diffamari* remedio, a reo intentato accipere, ut Blater. *in Repet. L. diffamari C. 4. n. 10.* Quandoque tamen sententiam tantum hoc casu annullari, non vero acta ipsa, sed illa remitti ad iudicium competens, maxime si ex annullatione actus, pars non praetendat interesse, monet Georg. de Cabedo *P. 1. Decis. 159.* ac ceu optimam praxin, servarique dignam, cum ad lites citius finiendas faciat, notat Valasc. *Consult. 65. in fin.*

nis iudices resedissent, ut loquitur constitutio, idest, si sedissent iudices in ea caussa quæ esset alienæ iurisdictionis, in qua proinde ipsi iudicandi statuendive quid potestatem non haberent. *L. ult. D. de iurisdict.* Ratio autem vel potius natura non patitur, ut quam potestatem ipsi non habuerunt, eam iudice dato in eum transferant. *L. nemo plus, D. de regul. iur. L.* 4. *§. ult. D. de offic. proc.* Excipiuntur in eadem lege *in extremo* iudices a principe dati, de quibus lex simpliciter ita cavet, ut possint aliis caussas delegare iudicandas, idque nullo personarum caussarumve habito tractatu.

III. Sed cur hi excipiuntur? An quia iudex a principe datus potest iudicem dare etiam in caussis sibi a principe non delegatis? Quod quidem prima fronte exceptio postulare videtur. Prius enim dixerant Imperatores, neminem iudicem delegare posse in caussis ad iurisdictionem suam non pertinentibus. Sublicitur exceptio, at potest iudex a principe datus id facere. Ergo hoc dicitur posse eum delegare iudicem etiam in iis caussis quæ ad iurisdictionem suam non pertinent. Quæ autem sunt hæ caussæ ad eam non pertinentes, nisi quæ ei a principe non sunt delegatæ? Idem suadere videntur illa verba, quibus volunt iudices a se datos delegare posse caussas aliis iudicandas sine ullo discrimine personarum caussarumve. Ergo & caussas tam sibi delegatas, quam non delegatas. Sed non ita aut exceptio ista, aut superiora verba accipienda sunt. Nam paulo ante dixi, nulla iuris aut naturæ ratio patitur, ut iudex quanvis a principe datus, de quibus caussis ipse cognoscere & iudicare non potest, de his cognoscendi & iudicandi transferat in alios potestatem. *d. L.* 4. *§. ultim. ff. de offic. proc. d. L. nemo plus, D. de regul. iur.* Atqui iudex ipse de his solum cognoscere potest quæ ei a principe delegatæ sunt, non de aliis, nam in aliis iudex datus non est. Iam cur placet iudicem a principe datum posse delegare aliis caussas iudicandas? Nempe quia datus est a principe. Ergo quatenus datus erit, hactenus poterit delegare: quatenus datus non erit, eatenus delegandi ius non habebit: ne caussa beneficii cessante, locus sit beneficio, contra *L. in omnibus caussis id observatur, D. de regul. iur.* Sed & sententia constitutionis postulat, ut cum de iudicibus a se delegatis loquantur Imperatores, caussas quoque intelligamus in quibus dati sunt non alias. Quomodo ergo ab ea definitione, quæ est de caussis ad iurisdictionem delegantis non pertinentibus, excipitur iudex a principe datus, nisi hoc significatur iudicem a principe datum delegare posse aliis huiusmodi caussas, idest, caussas ad iurisdictionem suam pertinentes? Et vero hoc significari omnino fatendum est. Sed non ideo sequitur delegare eam posse caussas ad cognitionem suam non pertinentes, & a principe sibi prius non delegatas. Et ita res habet. Quascunque caussas delegabit iudex a principe datus, solas delegabit eas, quæ sibi delegatæ sunt; solas quæ ad cognitionem eius pertinent. Sed cum delegabit has ipsas, semper verum erit eum delegare caussas ad iurisdictionem delegantis non pertinentes, quod definitio prior prohibebat: a qua idcirco merito hæc exceptio est. Ideo autem hic non delegat caussas ad iurisdictionem suam pertinentes iudex a principe datus, quia habet quidem is iurisdictionem, ut habere eum in mandata iurisdictione diximus: sed [3] non habet suam, non propriam delegantis, sed alienam, nempe eius qui mandavit, quam & vice eius exercet; ut in omni mandata iurisdictione accidit. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 3. *D. de off. eius.*

IV. Quod si caussa ad iurisdictionem eius qui iudicem dat, pertinebat, hic iam per se genus caussæ spectandum est. Sic enim de iis caussis de quibus agitur, ius constitutum habemus, ut quædam genere ipso & conditione sua potestatem dandi iudicis non recipiant, quædam recipiant. Ac fuit olim in magistratibus & omnibus qui iurisdictionem haberent, liberior hæc potestas ante tempora Diocletiani & Maximiani. Ab his ea potestas coercita est, & conclusa intra certos terminos in *L. placet*, 2. *C. de pedan. iudic.* Quæ cum constitutio ius de hac re contineat, nempe ex eius legis sententia de hac ipsa potestate nobis cognoscendum est. Eius autem legis summa distinctio & sententia hæc est.

V. Quædam sunt caussæ, in quibus præsides, quia ipsi non possent cognoscere, antea iudices dabant: quædam, in quibus solebant ex officio suo cognoscere. In priore genere concedit quidem lex iudices dare, ut olim: sed hoc dissimi-

3) Figura igitur orationis, quæ apparet exceptio, vere ex sententia nostri non erit. Aliter Fachinæ. 1. *Contr.* 47. quod nempe in delegato principis, non, uti in aliorum, inquirendum sit, an caussa sit alienæ iurisdictioni, eo quod princeps, quem in caussa sibi mandata repræsentat, in omnes iurisdictionem habeat.

dissimiliter, quod olim præsides pro arbitrio iudices dare poterant, quæcunque impedimenta seu publica seu privata avocarent. Nunc ita lex vult licere, si propter publicas occupationes, aut caussarum multitudinem non possint omnia huiusmodi negotia cognoscere. In altero genere earum caussarum, in quibus præsides antea ex officio suo cognoscere solebant, omnem iudicis dandi potestatem lex aufert, ut quanvis aut publicæ occupationes, aut multitudo caussarum obstent præsidibus, quominus de omnibus caussis cognoscere possint, non tamen possint in his dare iudicem. Quid ergo? omittetur aliquarum caussarum cognitio, cum proponamus præsidem non posse cognoscere de omnibus? Minime. Sed res ita transigetur. Cum de omnibus cognoscendi facultas non erit, ut necesse sit vel has, vel illas delegare; delegabit nimirum cæteras potius: has posteriores iurisdictioni suæ reservabit. *Quod*, inquit constitutio, *usque adeo in præsidum cognitione retinendum erit*, *ut eorum iudicia non deminuta videantur*. Iudicia, id est, iudicandi labor & opera: ut sit sententia, non esse propositum hac constitutione Imperatoribus licentiam dandi iudicis augere magistratibus: ideo placere de quibus caussis antea præsides ipsi ex officio cognoscebant, eas etiam nunc sine exceptione in eorum cognitione retineri, in qua & prius fuerant, ita ut eorum iudicia, id est, ut dixi, eorum iudicandi labor atque opera, quæ olim erant, nulla in re a nobis hac constitutione intelligantur deminuta. Subiiciunt Imperatores in extremo: *dum tamen & de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, & de libertinitate præsides ipsi diiudicent*. Quo significant etiam de caussis status præsides ipsos iudicare debere, non iudices dare, quanvis prius potuerint de his cognoscere; potuerint, inquam, non 4 etiam ex officio cogerentur. Sic autem nascitur hæc exceptio ex præcedentibus, & cum his cohæret. Prius dixerant Imperatores eas caussas retinendas esse in cognitione præsidum, in quibus ipsi ex officio solebant cognoscere. Sed eas solum; nam in cæteris iudices dari posse. Id ergo quod intelligebatur ex prioribus, sic accipi volunt, dummodo excipiatur caussa status, in qua quanvis præsides antea ex officio non cognoscerent, iubent tamen ipsos nunc iudicare, non dare iudices. Ita in summa duo sunt genera caussarum ex ea lege, in quibus absolute iudicem dare non licet: illæ, in quibus iam olim præsides ex officio cognoscere solebant, & caussa status. In cæteris relicta potestas iudices dandi; sed tamen & hæc ipsa temperata hac conditione, si modo occupationes publicæ aut multitudo caussarum impediant omnium cognitionem. VI.

4) Sentit igitur noster, in caussis status iudices dari olim potuisse. Quod etsi contra plerisque persuasum sit, placet quoque Cuiacio *ad L. 127. de V. S.* eas vocanti permistas, tertii generis, in quibus cognoscere vel iudicem dare liberum, & Vacon. 7. *Declar.* 81. Idque pluribus astruit Ræv. 3. *Var.* 20. (1) quia exempla recuperatorii iudicii de caussis liberalibus apud Plaut. *Rudente* 5. *Sc.* 1. & Suetnn. *in Vespas.* C. 3. (2) quia in *L. 7. §. ult. L. 41. §. 1. de lib. Cap. L. 34. de statu li.* generali nomine iudex qui de libertate cognoscit, non speciali Prætor, Præses (3) quia aperte hic litigantes dicuntur ad iudicem mitti, a prætore scilicet *L. 8. §. 1. L. 9. pr. de lib. Cap.* (4) quia imo præsidem ipsum cognoscere non potuisse dicitur *L. 1. C. de ord. cog* (verum hanc rationem non probo, quin iudicium hic requiro. Sic enim accepta *d. L. 1.* aperte contraria esset *d. L. 2. C. de ped. iud.*) (5) per *L. pen. C. ubi Ca. stat.* ubi iidem auctores, qui sunt *d. L. 2.* a se hoc statutum esse. Antea igitur per iudices datos disceptari solitæ. Ad *L. 32. §. 7. de rec. arb.* quæ maxime obstat resp. Ræv. *maiores iudices* non notari prætores vel præsides, sed maiores dici iudices datos seu pedaneos, pro argumento subiecto, maiores nempe arbitris compromissariis. Ut sensus sit: Quia caussa libertatis maior, quam ut ei necessitati subiici debeat, ut sive æquum, sive iniquum arbitrium sit, parere necessum esset, ut in arbitriis ex compromisso fit. *L. 76. pro Soc.* ideo &c. Ad *L. 1. C. de Ord. cognit.* Resp. ideo ibi præsidem cognoscere, quod maior quæstio de crimine, minorem caussam status (quia tempore *d. L.* editæ liberales caussæ, ait, maiores non habitæ) ad se trahit *L. 54. de iudic.* Ideoque quia duo iudicia ibi concurrebant, iure magistratus præses de crimine cognoscit, extra ordinem vero de libertate. Propter caussæ enim coniunctionem, qui de maiore cognoscit, etsi de minore alias iudicare vix soleret, de ea etiam disceptat, ut plurib. idem Ræv 2. *de Praeud.* 7. primi igitur Diocletianus & Maximianus cognitionem de hisce caussis præsidibus iniunxerunt *d. L. 2. C. de ped. iud. d. L. 5. C. ubi ca. sta.* Postea a Constantino, idem in urbe Prætori impositum *L. 1. C. de off. prat.* ubi notanda verba, *sancientibus nobis*, quæ prius aliud obtinuisse vincunt. Hæc Rævardus, cui accedo. Nam nec aliud per *d. L. 2 C. de ped.* verba *dum tamen* &c. statui potest. Perquam enim inepte alias, quod prius in universum definitum, in una specie singulari repeteretur, figura cum primis orationis, quæ exceptionem arguit. Dissl. Hotom. 6. *Obs.* 6. Forner. 2. *Select.* 23. Govean. 1. *Var. Lect.* 33. Ioach. Steph. 2. *de iurisdict.* 5 *n.* 18. Vult. *ad L. 1. C. Ubi ca. sta. n.* 8. *& seqq.* quia, ait, *n.* 14. non iure magistratus & proprio hæc cognitio habebatur, sed quis nominatim concessa (verum hoc ab ipso adducta non probant) ideoque nec prorogari posse, statuit idem *ad L. 2. C. d. t. n.* 5. Arguit idem ut & Fornerius ex illo Cic. 3. *Verrina: De iure libertatis & civitatis populus Romanus suum putat esse iudicium*. Sed Cicero loquitur de suppliciis, quæ civi Romano irrogari nefas, quod id esset contra libertatem & dignitatem tanti populi, ut agnoscit Scip. Gentil. 2. *de iurisdict.* 18. etsi ipse quoque dissentiat. Qui & ad *d.* vers. *non tamen &c.* resp. ideo eum subiungi, quia non cognoverint de his caussis antea præsides ex officio suo, sed solebant, ait, & cogebantur ex officio proconsulari, vel prætorio, si cum eo in provincias missi. Ideoque *in d. vers.* non restringi sententiam priorum, sed augeri. Sensus hic: Non tantum eas caussas disceptant, quas & antea ex officio suo cogebantur, sed etiam caussam status, de qua antea non ex officio suo, sed iure proconsulari prætoriove, postea ex suo, id est præsidiali cognoscunt. In qua expositione, ceu nova, sibi placet Gentilis, sed quid ea sibi velit, percipere non datur. Quid enim hoc est. Non ex officio suo, sed iure prætorio? Quasi vero non tanta, imo non maior fuerit potestas præsidis in provinciam missi a principe, quam prætoris in urbe *L. 10. & 2. seqq. de off. præs.*

VI. Sed cum pendeat hæc omnis potestas aut eius præcisio ex superiorum generum distinctione, nihil agitur, nisi quid sibi illa velint, intelligamus: quod sane a paucis perceptum animadverto. Nam Accursio & Bartolo quidvis potius, quam istarum rerum explicationem concedas: qui in hunc locum aliena & peregrina omnia invexerunt. Res, ut puto, sic habet. Caussæ in quibus præsides antea iudices dabant, commodissime dicentur esse omnes præter eas, in quibus solebant ex officio cognoscere. Nam cum in constitutione duo hæc genera opponantur, necesse est posteriore detracto solum eas in quibus præsides iudices dabant, relinqui. Itaque qui posterius genus noverit, utrumque noverit. De quo dicam, si prius exposuero id, quod adiicitur in priore. Sic enim illic nominantur eæ caussæ, in quibus præsides antea iudices dabant, ut adiiciatur ideo dedisse, *quod ipsi non possent cognoscere*. An videntur hæc cohærere? Nam qui ipsi non potuerunt cognoscere, id est, esse iudices, quomodo in his caussis iudices dare potuerunt? Bene Accursius hæc verba, *non possent cognoscere*, sic accepit, non possent propter facti impedimentum. Et [5] ita est. Ambigua enim hæc verba sunt, quæ pariter & ad ius & ad factum possunt referri. Ad ius, ut sit sententia, in quibus non possent iure præsides cognoscere. Ad factum, ut significetur non potuisse eos cognoscere, non iure impeditos, sed facto, puta absentia, valetudine, aut occupationibus. Prius accipi non potest. Esset enim absurdissima sententia, præsides qui ipsi cognoscere, id est, iudices esse iure non poterant, indices nihilominus dare potuisse, ac pro ea potestate dedisse. Sed & in extremo constitutionis aperte dicitur præsides in caussa status etiam antea potuisse iudicare. Relinquitur igitur alterum, ut scilicet constitutio sic accipiatur, præsides ideo dedisse iudices in certo genere caussarum, quod ipsi cognoscere non possent iustis occupationibus, aut alio quovis avocamento impediti.

VII. Venio iam ad alterum caussarum genus, ex cuius cognitione dixi utrusque cognitionem pendere. Eæ sunt caussæ, in quibus constitutio ait solitos præsides ex officio suo cognoscere. Id sic accipere oportet, in quibus præsides ita cognoscebant, ut id ex officio & ratione muneris facere cogerentur. Quænam ergo hæ caussæ? Et mihi earum videntur duo genera fuisse. Unum caussarum criminalium, in quibus de crimine ita agitur, quo animadvertatur in facinorosum. Alterum earum, quæ in usu iuris dicuntur veteribus esse notionis & cognitionis prætoriæ.

VIII. In criminalibus caussis olim præsides, reliquosque magistratus cognoscere ipsos & iudicare ex officio solitos constat: non solum ut mandare in eo genere iurisdictionem suam non possent, de quo certæ sunt sententiæ veterum: *L.* 1. *D. de offic. eius. L. solent*, *D. de offic. proc. L. nemo potest*, *D. de reg. iur.* sed etiam ut nec iudicem [6] dare possent. Sic enim scriptum est in *L.* 1? *C. de offic. proc.* legatos proconsulum sic posse criminales caussas audire, ut si videatur sententia in reos ferenda, non ipsi indicent, sed reos transmittant ad proconsules, qui reos videlicet aut condemnent aut absolvant. Et ne forte qui existiment ideo legatos de caussa criminali iudices esse non posse,

5) Diss. relati C. *præced.* *N.* 1. cumprimis Scip. Gentili 2. *de iurisdict.* 21. quia hoc modo, arguit hic, Imperatores nihil novi sanxissent. Quid enim hoc esset. De quibus antea propter occupationes non cognoscebant, de iis nunc cognoscant, nisi occupationes impediant, quo nihil ineptius. Quæ tamen contra nostrum non omnino urgent. Neque enim inepte dicetur. De quibus ne cognosceret olim magistratus etiam *privata* caussæ & avocamenta efficiebant, de illis in posterum sit cognoscendi necessitas, nisi *publica* impedimenta obsistant. Alia tamen etiam ratione reprobat Goth. Ant *Disp. Antivult.* 3 *Th.* 19. *& seq.* (1) ex natura oppositionis. Quia enim posterior pars oppositionis ius novum continens ad ius refertur, idcirco & prior, quæ de iure veteri. (2) quia hæc verba, *quod non possent cognoscere*, in quibus ratio decisionis æque late patere necesse est, atque illa *pedaneos iudices dabant*. Atqui certum est, datos fuisse iudices, etiamsi nullum facti impedimentum subesset. Ergo. Puto & ego verba *cum possent* &c. omnino ad ius referenda esse. Inde tamen non infero, Prætorem antea eam constitutionem, de nullis caussis vel consuevisse vel potuisse iudicare. Quin imo ubi de iure controverso quæstio, ad pedaneum iri non poterat, ut notavi C. *præced.* *N.* 5. ac sane cum Centumviris prætorem cognovisse fatendum est. Quibus iudiciis præsidebat anquam caput adsignatus. Ioach. Steph. 3. *de iurisd.* 5. *n.* 1. Hoc enim tantum cavetur quod de quibus olim poterant cognoscere, hodie possint. Quæ vero illæ fuerint caussæ *in d. L.* 2. non definitur. Fuisse autem dicendum est ex iis quæ *d. N.* 5. quibus de facto maxime contendebatur. Nam cum facti quæstiones Iurisconsulti quoque ad officium suum, saltem primario, spectare non putaverint, vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 12. *N.* 2. utique & prætoria cognitione minores levioresque habitas fuisse, congruum est.

6) Cuiac. *ad L.* 127. *de V. S.* Fatetur Scip. Gentil. 2. *de Iurisd.* 27. *& Lib.* 3. *Cap.* 30. de caussis meri imperii iudices dari non licuisse. Ast idem *d. Lib.* 3. *Cap.* 22. segregandas tamen has caussas statuit. Quod cum speciali concessione habeantur, ut *supra* C. 8. *N.* 36. officium ius dicentis ad eas non pertineat, aut saltem magistratus de iis non ex officio cognoscat. Differre enim putat hæc: Pertinere ad officium, ubi significatur universa potestas, & ex officio fieri, ubi significatur cognitio præsidalis. Diss. Vaud. 2. Q. 10. *n.* 26. Ioach. Steph. 2. *de Iurisd.* 5. *n.* 19. *& n.* 23. scribens prætorem etiam, cuius iurisdictio nulla in criminalibus; Quæsitores, qui de criminibus quærerent & cognoscerent, constituisse. Quæ quam consentanea sint non video. Confer Pollet 3. *Hist. fori* 7. Siccama *Lib.* 1. *de Centumv. Iudic. Cap.* 5.

posse, quia mandata generaliter iurisdictione potestas de hoc genere cognoscendi non contineatur; diserte traditum est in *d. L. solent, de offic. proc.* nec extraordinario & speciali mandato amplius proconsulem in his caussis tribuere posse legato, quam cognitionem, & eam quidem hactenus, ut legatus custodias apud se auditas ad proconsulem remittat, quo aut innocentem ipse sententia sua liberet, aut convictum condemnet.

IX. Esse autem quasdam caussas, quæ dicantur notionis, aut cognitionis prætoriæ, etiam hoc constat: *L. 3. §. 1. D. de lib. exhib. L. 1. §. 1. D. de rei vind.* In his vero & prætores ac præsides ex officio cognoscere solitos, ipsum nomen inde natum satis indicat. Dicuntur enim notionis prætoriæ per excellentiam, quia in his fusius prætoris esset cognoscere, non etiam iudicis privati quem ille dedisset. Eiusque rei non dubium argumentum est, quod hoc verbo a cæteris caussis ita distinguuntur, ut declaretur cæteras notionis huiusmodi non esse. Nam & de cæteris caussis cognoscere prætor potuit, si vellet. Necesse est igitur caussas notionis a reliquis distinctas eas intelligi, in quibus ita prætor cognoscere poterat, ut etiam ex officio deberet: hoc enim posterius solum reliquum est, quod non fuit in cæteris, & quo solo cæteræ ab his recte distinguantur. Unde etiam factum est, ut eius quoque generis cognitiones 7 extraordinariæ sint appellatæ, ut recte docuit Duarenus ad *L. iurisgentium*, interpretans illa verba, *actionem a prætore dandam, D. de pact.* Nam cum ordine & iure in iurisdictione recepto liceret prætori ut pro iurisdictione iudicem dare (est enim iurisdictionis dare iudicem. *L. 3. D. de iurisdict.*) ac dare etiam pro potestate solitus esset: oportuit eam cognitionem esse extraordinariam, quam ipse cogente officio susciperet, alii autem iudici non posset committere.

X. Huius generis quatuor species esse animadverto. Prima est earum cognitionum, 8 quæ sunt de honorariis sine alia conventione certis personis præstandis, ut professoribus liberalium artium, ludimagistris, medicis, obstetricibus, nutricibus, advocatis: de quibus agitur in *L. 1. D. de extr. cogn.* In his præsidis prætorisque cognitionem ex officio fuisse, cum alia fere omnia *d. L. 1.* tum maxime ea verba declarant, quæ sunt in *§. penul.* ubi ita Ulpianus scribit: *ad nutricia quoque officium præsidis vel prætoris devenit.* Secunda species est 9 in integrum restitutio minorum; quæ dicitur nullam propriam actionem aut cautionem habere, sed tota pendere ex cognitione prætoris, in *L. quod si nolit, §. ult. D. de minor.* Tertia species est ea, in qua de potestate patris agitur adversus filium, cum pater filium aliquem suum in potestate sua esse dicit, qui sibi eum ducere liceat iure potestatis, filius autem negat se esse in patris potestate, ne ab eo ducatur. In hac caussa hic habitus est iam olim patri honos, ut lis transigeretur non alio cognitore & iudice, quam prætore. Unde dicitur hic cessare vindicationem & interdictum, & locum esse notioni prætoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit. *d. L. 3. §. 1. D. de lib. exhib. d. L. 1. §. 1. D. de rei vindic.* Quartam speciem licet adiicere fideicommissi 10 persecutionem. Hæc enim dicitur extraordinaria esse persecutio, & eiusmodi quæ non habeat iuris ordinarii executionem, in *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verbor. signific.* Quod non alio sensu dictum accipere possumus, quam quo dicuntur in hoc genere extraordinariæ illæ cognitiones, quas ante commemoravimus. Quæ si ita sunt, & iam omnia genera in unum locum conducere volumus, in quibus dicimus iudicem dari non posse, reperitur hæc esse summa, ut iudex sine exceptione dari non possit in his generibus; in caussis criminalibus; in civilibus, quæ dicuntur notionis, quarum quatuor illas species superiores esse diximus; tum caussas status, idest, eas, in quibus de libertate aut ingenuitate agitur. XI.

7) Hotom. 7. *Obs.* 4. Siccama *Lib. 1. de Centumvir. iudic. C.* 2. Sic enim Suetun. *in Claudio Cap.* 15 cognitionem ordinario iure opponit. Quam & a iurisdictione discernit idem in *Nerone C.* 15 Et *in L. 13. de minor.* aperte dato iudicio opponitur. Sic Ulp. *Tit.* 25. §. 12 Fideicommissa non per formulam petuntur, sed cognitio est, &c.

8) Quæ strictiori significatu extraordinariæ dicuntur, quas ab aliis caussis cognitionis prætoriæ, quæ ius certum & constitutum habent, discernendas esse, monet Scip. Gent. 2. *de iurisd.* 22. Et ut aliis forte convenit notatio Duareni, ita hæ verius sic dici videntur, quia non ordinaria aliqua actio de iis prodita, nec certo iure nituntur. Et hic extra ordinem subvenit prætor, iure quodam imperii ex æquitate, contra ius strictum, sine solemnibus & strepitu iudicii, sine formula, ut Scip. Gent. *d. Lib. 2. Cap.* 20 *p.* 271. & A. Guib. *QQ. Iur. Cap.* 10. *n.* 5. *& seqq.* Paulo aliter & fuse Vult. *in pr. I. de act. n.* 37. *&* 2. *seqq.*

9) Quod de omni accipit Hotom. 7. *Obs.* 4. de sola minorum, Scip. Gent. 1. *de Iurisd.* 32. *& Lib.* 2. *Cap.* 22. de quo forte *infra Lib.* 21.

10) Quæ consulum aut Prætoris fideicommissarii Ulp. *Tit.* 25. §. 12. Nempe huius de summis mediocribus, illorum de maioribus Quintilian. *Lib.* 2. *Cap.* 8. Non debes apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud consulem. Maior enim prætoria cognitione summa est, Ræv. *ad L.* 33. *de R. I.* His addit A. Guib. *QQ. Iur.* 9. *n.* 8. cognitiones de appellationibus per *L. 1. quis a quo appell.* item de quæstionibus in executione sententiæ emergentibus *L. 15. §. 4. de re iud.* Denique quoties quæstio iuris controversi incidebat, vid. *Cap. præced. N.* 5.

XI. Quidam dum paulo acutiores quam Accursius & similes ex veteribus videri volunt, caussas in quibus præsides ex officio cognoscere solebant, interpretati sunt caussas misti imperii, dum hoc sentiunt quasdam caussas esse Imperii misti, atque eas esse, in quibus nec dari olim iudex solitus sit, nec nunc possit dari: alias, quæ non sint huius imperii, eas autem esse, in quibus olim præsides iudicem dabant, & nunc dare possunt ex hac constitutione. Quæ omnis distinctio ex ignoratione iurisdictionis & imperii illis nata est. Non enim intellexerunt id quod supra suo loco docuimus, nullum esse imperium mistum sine iurisdictione, quod ita dictum est, quia sit admistum iurisdictioni: nec ullam esse iurisdictionem sine hoc imperio sibi admisto. Ut proinde si quæ sunt caussæ misti imperii, sint eædem & iurisdictionis, & contra: unde & hoc evenire necesse sit, ut si caussæ misti imperii delegari iudicandæ non possunt, nullæ omnino possint; id quod neque illi sentiunt, & est contra manifestam sententiam constitutionis.

XII. Cognita legis sententia, haud abs re est quam ea constitutio, & distinctio superior rationem habeat, cognoscere. Nam alioqui ita est constitutio, ut videatur pugnare cum iurisdictione magistratus propria, & secum ipsa. Ac primum cum magistratus olim iudices dare potuerint, idque ordine & more iudiciorum recepto; cum præterea constet iurisdictionis esse iudicis dandi licentiam: *L.* 3. *D. de iurisd.* quid caussæ est, quæ suaserit non solum recedere a recepto iure, sed etiam partem iurisdictionis propriam magistratibus adimere? neque enim facile quidquam mutandum est ex solemnibus. *L. penul.* in pr. *D. de in integ. rest.* Et optimam huius cognitionis magistratibus impositæ rationem reddidit Iustinianus *Novel. ut defun. vel fun. eor.* 60. §. *illud*, quæ ratio etsi occasione aliunde nata inducitur, plane tamen huc pertinet. Multo namque, inquit, melius & perfectius agitari caussæ possunt coram ipsis magistratibus, dum illi præsentes sunt, ubi & metus ministris immineat, ac productis testibus, & caussa omnimodo suam obtineat dignitatem, quam si pedanei iudices eadem disceptent & iudicent. Et hoc est, ut magistratus ipsi cognoscant, valet ad integritatem iudicii, tum ad iudicati dignitatem & fidem. Ad integritatem; quia litigatores multa tergiversari, & comminisci malitiose possunt, ministri corrupti molestiam exhibere litigatoribus; testes multa fingere, & licentiose mentiri, nisi metu cohibeantur. Horum vero ne quid accidat, potest illos præsentia magistratus in officio retinere, metu iniecto & terrore potestatis. Ad dignitatem & fidem iudicati; quia plus dignitatis est fidei in cognitione ac sententia magistratus, qui personam sustinet civitatis, quam in cognitione iudicis dati, qui tantum privatus est. Sed si hoc ita est, cur non valent hæ rationes, ut iubeantur magistratus cognoscere in caussis omnibus potestate iudicis dandi illis adempta? Quia recte iubentur cognoscere, si modo possint: si non possunt, necessitas eo rem deducit, ut aut necesse sit eos cognitionem omittere, aut cogantur iudicem dare. Nunc autem superiore constitutione conceditur solum magistratibus tum iudices dare, cum urget hæc necessitas: dum ita conceditur, si occupationes publicæ, aut caussarum multitudo avocent. Itaque his casibus fieri magistratibus potestatem iudicis dandi non tam magistratuum, quam ipsorum litigatorum interest. Sic enim citius lites dirimentur, & litigatores ad ius suum pervenient. Sed rursum quæro: si æquum est ex necessariis his caussis iudicem dare licere, cur iisdem caussis ingruentibus non licet dare in caussis omnibus, contra quam hac constitutione concedi videmus? Quia nulla necessitas istorum impedimentorum incidere potest tanta, quin magistratus quibusdam caussis delegatis de aliis sibi servatis possit cognoscere. Quod si hic delectus habendus fuit, quæ caussæ servarentur potissimum magistratus cognitioni, reperietur has esse maxime, quas in hac cognitione retentas esse diximus: sive quod in his res maior versaretur, quo etiam maiore cautione & potestate esset opus: sive quod essent eiusmodi, quæ magis penderent ex auctoritate iudicantis, quam ex iure certo: ut proinde ad eos in quibus non esset ea auctoritas, non essent transferendæ. Prioris generis sunt caussæ criminales, in quibus de vita, de salute, de existimatione agitur: caussæ status, in quibus agitur de libertate aut ingenuitate, rebus omnium pretiosissimis: controversia de patria potestate, quam patri integram non manere gravissimum est. Posterioris in integrum restitutiones, cognitiones extraordinariæ de salariis, de fideicommissis. Constat igitur, constitutioni & distinctioni superiori sua ratio per omnia.

XIII. Hactenus constitutionis sententia & ratio. Nunc quid ei detractum sit aliis constitutionibus, & numquid detractum sit, paucis indicabo. Et, ut intellectum est,

est, continet ea constitutio duas partes. Una est, in qua denegatur in totum iudicis dandi potestas; altera, in qua hæc potestas quibusdam in caussis ad aliquem modum relinquitur. Prior non est perpetua: posterior an etiam nunc maneat, dubitatur, quæ deinceps breviter exsequar. Illa ergo, in qua superior potestas adimitur, non est perpetua. Non enim pertinet ad omnes iudices, neque ad omnes caussas. Non pertinet [11] ad iudices a principe datos. De his ita constitutum est in *L. unic.* in fin. *C. qui pro sua iurisd.* licere his caussas sibi a principe delegatas delegare aliis iudicandas sine ullo discrimine personarum inter quas iudices dati sunt, aut caussarum cognitioni suæ commissarum. Ergo etsi quis in caussa criminali iudex a principe datus sit, nihilominus in ea caussa recte alium iudicem dabit: multoque magis in cæteris caussis inferioribus idem probandum est. Sed nec ulla hic conditio addita est in constitutione quæ res declarat iudici a principe dato licere caussam alii delegare, etsi multæ occupationes aut aliarum caussarum multitudo eius cognitionem impediant. Datum hoc dignitati & amplitudini eius iudicis, quem princeps dignum habuit, qui vice eius in caussa fungeretur.

XIV. Sed nec pertinet pars superior ad omnes caussas. Excepta sunt negotia humiliora, in quibus potestas sit præsidibus iudices pedaneos dandi in *L. ult. C. de pedan. iud.* & hoc sine ulla conditione: ait enim constitutio, superfluum esse in his moderatorem exspectare provinciæ. Negotia humiliora quæ hic accipere debeamus, quæritur. Vulgo interpretantur ea, in quibus [12] intra trecentos aureos agitur: utunturque argumento *Nov. de iudici.* 82. *§. audient*, ubi Iustinianus iudicibus pedaneis a se eadem illa lege prius constitutis & nominatim designatis potestatem facit ad eam summam cognoscendi. Quod quidem nullum argumentum est. Agitur enim illic de iudicibus ab ipso Imperatore constitutis: agitur de certa summa, non cuius cognitio ex interpretatione ad eos pertinere dicitur, quasi in hac humile negotium versetur: sed quæ nominatim ipsis attribuitur a principe, quia illi ita visum est. Nos loquimur de iudicibus a magistratu datis, & his de quibus nihil unquam princeps decrevit: quærimusque in his non de certa summa usquam illis attributa, sed de verbi significatione, quæ sint hæc videlicet humilia negotia. Itaque & in personis, & in re de qua agitur multum inter ista interest, nec quod de una specie dicitur, potest ullo modo ad alterum transferri. Detulit Iustinianus superioribus iudicibus cognitionem ad trecentos aureos: nempe quia potuit tantum his tribuere: fuit enim princeps. Non idem magistratui licuit. Detulit, quia visum est istis tantum deferre; quod cum certis istis tantum detulerit nominatim hac ratione addita, quod diceret sibi eorum perspectam esse in administranda Republica & scientiam & fidem, & detulerit in certa urbe Constatinopoli: palam est personalem & certi loci constitutionem esse, quæ ad alios iudices pedaneos non pertineat: immo vero quæ alios iudices pedaneos si qui dentur ex superiorum numero eximat. Alioqui nihil negotii erat de omnibus iudicibus pedaneis generaliter constituere. Sed & ex summa facile est intelligere eam constitutionem non pertinere ad hunc locum. Quid enim minus verum est quam trecentos aureos, de quibus est in constitutione Iustiniani, esse summam humilioris negotii, de quo nunc quærimus? Hæc enim summa magna est, & homini etiam mediocri grandis. Si quid probabile hic quærimus (nihil enim hic aliud nunc habeo) hoc probabiliter dici posse videtur, humiliorem caussam & humilius negotium accipi debere caussam, in qua de pecunia tantum, & ea modica summa agatur. Eam autem summam Paulus ad duos aureos interpretatur in edicto de dolo, cum in modica summa placeret actioni de dolo locum non esse. *L. si quis affirmavit*, *§. ult.* & *L. idest*, seq. *D. de dol.* Sint igitur humiliora & contemptiora negotia usque ad duos aureos, ut in his citra exceptionem iudices pedaneos constituere liceat.

XV. Hæc de ea parte constitutionis, qua potestas dandi iudicis adimitur. Altera pars, qua hæc ipsa potestas relinquitur, incidit in difficultatem propter nonnullas

11) Consentit Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 27. & *Lib.* 3. *Cap.* 28. ubi, tamen male, omnino etiam mandare eum posse merum imperium, vid *supra C.* 8. *N.* 56. Diss. haud scio an non rectius Obrech *de Iurisdict. Cap.* 5. *n.* 26. & Menoch. 1. *Arb.* Q. 54. qui ut *supra d. loc. citat.* meri imperii caussas a delegato principis, subdelegari posse, negat. Neque enim inter mandatum iurisdictionis, & dationem iudicis, discrimen attendit. Qui & *ad d. L. un. resp. n.* 16. *& seqq.* Sane exceptionem subdit Gentil. *d. C.* 27. nisi constet principem voluisse ipsum cognoscere, si specialiter eius fidem & industriam spectavit *Cap. ult. de off. deleg.* Aliudque tradit in reservatis summo principi, ut tabellionum creatione, legitimatione spuriorum, quæ ab ipso cui delegata expediri debent.

12) Et Cuiac. *in d. Nov.* 82. unde parvam iurisdictionem vocant DD. quæ infra 300. aureos. Ioach. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Cap.* 5. *n.* 18. Etsi Bald. *in Repet. L.* 3. *de Iurisdict. n.* 2. caussas minimas vocet quæ intra 100. aureos.

nullas Novellas Iustiniani, quæ omnem eam potestatem aut in totum tollere videntur, aut ex parte. Primum in totum videtur sustulisse *Novel.* 60. *ut defuncti, seu fun. eo. §. illud, unde authen. ad hæc, C. de iud.* Illic enim cavet Iustinianus, ut magistratus, dum licet, caussas per se audiant, non autem committant assessoribus suis. Quod si occupationibus publicis impediantur, si quidem agatur caussa appellationis, & hanc a magistratibus ipsis omnibus modis audiri & ad extremum dirimi iubet. Sin iudicium nunc primum instituetur, hic demum facit potestatem magistratibus cognitionem assessoribus suis mandandi, sed & hoc ea lege, dum prius lis contestetur apud magistratus, iidem rebus probatis & iudicio instructo cognoscant ea quæ probata sunt, sic deinde ipsi sententiam ferant. Quod plane nihil aliud est, quam concedere solum magistratibus, ut dent cognitorem, idest eum, qui testes audiat, & omnia quæ pertinent ad fidem rei controversæ cognoscat, ac caussam instruat rebus necessariis: minime autem ut dent iudicem; de quo nunc agitur. Et de ea constitutione consentiens omnium interpretum sententia est, ea non tolli ius vetus de potestate dandorum iudicum constitutum. Sed quomodo ex verbis id recte defendatur, [13] variant.

XVI. De quo duæ sunt receptæ sententiæ, utraque probabilis; sed posterior magis. Prior est, quam Accursius ad *auth. ad hæc*, sequitur, & quam communi consuetudine observari scribit: Novellam loqui de magistratibus, qui iudicem dent reservata sibi sententia. Hoc qui faciant, necesse habere curare prius, ut lis apud se contestetur, post deinde probata cognoscere, ad extremum ut sententiam sibi reservarant, ita & eam ferre. Proinde si magistratus det iudicem in totam caussam nulla parte litis iudicio suo servata, vel ut simplicius dicatur & commodius, si quidem dent iudicem (de quo nunc agitur) non obstare constitutionem, quominus recte datus sit, quoad eius per leges veteres facere licuit. Defenditur hæc sententia verbis *auth. ad hæc*, quæ diserte loquitur de lite apud magistratum agitanda. Nec quisquam putet id non recte e Græco expressum. Nam & ea constitutio loquitur de caussis, αἱ παρὰ τοῖς ἄρχουσι κινοῦνται, idest, quæ apud magistratus non *agitantur*, ut vertit vulgaris interpres, sed *agitentur* potentiali modo, idest, ut bene vertit Haloander, agitari debent. Sed etsi utroque in loco eadem hæc verba sunt; tamen non recte ex his superiorem sententiam colligi dixeris. Caussa enim apud magistratum agitanda, seu quæ apud magistratum agitari debet, multo rectius ea dici potest, quæ ad magistratum defertur, & quæ ei cognoscenda iniungitur, quam ea, quam alii commisit cognoscendam, ipse sententiam sibi reservavit. Sic enim fecit potius magistratus, ne caussa apud cum agitari deberet.

XVII. Fuit ergo altera sententia, & ea verior, quam & Bartolus talem esse agnoscit in *d. authent. ad hæc*, quam fuisse dicit Ultramontanorum: sic enim vocat eos qui in Gallia ius docuerunt, qui Italis ideo dicuntur Ultramontani, quia sunt illis ultra alpes. Ea sententia est, loqui Novellam non de quibuslibet iudicibus datis, sed de assessoribus magistratus: vetare constitutionem his caussam delegari. Quod si alii iudices dentur, quominus id fiat, constitutionem non prohibere. Et de assessoribus loqui Iustinianum, verba constitutionis in *d. §. illud*, tam in principio, quam in fine declarant. Quod autem de assessoribus dicitur, id ad iudices alios non pertinere recte dicitur. Alia enim caussa est assessorum, alia eorum qui assessores non sunt. Assessores namque non dantur magistratibus ut iudicent, sed ut magistratui iudicanti adsint, & consilium suggerant, unde & assessores dicti sunt consiliarii. *L. 1. L. penult. L. ult. D. de iurisdict.* Videamus etiam, numquid saltem de superiore potestate derogarit *Novel. de iudicibus*, 82. *§. iudices*, ubi Iustinianus certis iudicibus a se constitutis, vult illis solum caussas delegari posse. *Si quis*, inquit, *etiam nostrorum iudicum*, (suos appellat magistratus & iudices specialiter a se datos) *caussas delegare voluerit, hisce a nobis definitis pedaneis committet, & præterea nemini omnino:* nisi certam caussæ partem committat suis assessoribus, ipse de toto negotio sententiam prolaturus. Postquam alios iudices dari vetat constitutio, nonne si alicubi nulli tales iudices constituti sint, superioribus verbis efficitur nulla in caussa iudicem dari posse? Sane efficitur in ea urbe in qua ii iudices constituti erant: alibi nequaquam. Certi enim loci constitutio est, extra

13) Bod. 3. *de Rep.* 2. *n.* 265. *& seqq.* accipit *d. Auth. ad hæc*, de iudicibus a principe lectis extra ordinem; qui litis instructionem, non iudicationem alius committere possint. Male. Maior enim horum iudicum, in dando alio iudice, quam ipsorum magistratuum potestas *h. c. n.* 13. Et *d. Nov.* 60. *C.* 2. *§.* 1. diserte vocat magistratus, παρέδρους χρῆσθαι τοῖς ἄρχουσι

extra qnem nullis definitis iudicibus pedaneis ut constitutioni locus non est; ita ius antiquum relinquitur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.*

XVIII. Quæ cum ita sint, manet & post Novellas Iustiniani vetus dandorum iudicum potestas, de qua diximus. Cuius summam si quærimus, licet iam omnem breviter complecti hoc modo. Potestas dandi iudicis in iis caussis de quibus agitur, hæc etiamnum reliqua est post constitutionem superiorem Diocletiani & Maximiani in *L. 2. C. de pedan. iudic.* Tributa est Iudicibus a principe datis, idque in caussis omnibus, quæ illis a principe delegatæ sunt. Tributa & magistratibus in humilioribus negotiis sine exceptione. Tributa his ipsis & in maioribus caussis hac conditione, si modo occupationes publicæ, aut caussarum multitudo impediat, quominus de omnibus possint cognoscere. Hic exceptæ certæ caussæ, in quibus nec si nllæ occupationes avocent, liceat iudicem dare: caussæ criminales; causæ civiles, quæ eædem dicuntur cognitionis, & caussa status. Hac potestate iudicis dandi constituta, iam tuto progrediemur ad personas dantis & dati iudicis, quæremusque in iis caussis, in quibus potestas dandi indicis adhuc reliqua est, qui iudices dare possint, qui dart.

CAP. XXIII.

Qui iudices dare possint.

Tractationis orsus, atque eius expediendæ ratio. I.
Iudicem dare potest quicumque iurisdictionem habet sive propriam sive delegatam. II.
Contrariis occurritur. III. IV.
Qui iurisdictionem non habet, nec iudicem dare posse. V.
Ideoque nec privatos, nec datos iudices. VI.
Exceptio. VII.

I. DE iis qui iudices dare possunt, exstat definitio Pauli in *L. cum prætor, §. 1. D. de iudic.* sed incertior, & quæ ut maxime certa sit, minime tamen omnia quæ ad hanc qnæstionem pertinent, complectatur. Ille enim definit eos dare posse iudicem, quibus id lege, constitutione, senatusconsulto, more permittitur. At hoc æque incertnm. Quæritur enim, qui sint illi, & quæ illæ leges, quæ constitutiones, senatusconsulta. Subiicit quidem Paulus certos quosdam, quibus id permissum dicit. Sed an hi soli dare possunt? quod ipse adeo non explicat, ut potius quibusdam sigillatim enumeratis, quibus id daret, reliquis idem adimere videatur. Ex quo eadem quæstio hic relinquitur, qui in universum iudicem dare possint, & qui non possint. Dicendum est igitur planius, quod omnes istos contineat. Et conditionem præceptionis si in hac re quærimus, recte sumetur nobis ex ea definitione, quæ de potestate dandi iudicis exstat in *L. 3. D. de iurisdict.* Sic Ulpianus definit: *Iurisdictio est etiam dandi iudicis licentia:* quod sic accipiendum est, iudicis dandi licentiam esse iurisdictionem, seu iurisdictionis. Hæc definitio valet in utramque partem, sive qnæritur, qui iudicem dare possint, sive quæritur, qui non possint. Nam si hæc potestas iurisdictionis est; conficitur nbi iurisdictio est, ibi & potestatem iudicis dandi inesse: & contra detracta alicubi iurisdictione, ibi nec potestatem dandi iudicis relinqui: proinde qui iurisdictionem habeat, eum etiam ius dandi iudicis habere: contraque et qui iurisdictionem non habeat, iudicem dare non licere; quorum utrumque & ipsum per se verissimum est.

II. Sic igitur principio statuamus, eum qui iurisdictionem habeat, si nihil aliud impediat, quam persona dantis, iudicem [1] dare

[1] Diss Govean. *ad L. 1. de iurisdict. n. 12.* qui supra iurisdictionem hoc esse scribit & specialiter tribui vult, & ad adventitiam ius dicentis potestatem refert, *ibid. n. 21. & seqq.* prætoriæ quidem iurisdictioni hoc proprium agnoscit, & maodata ab eo iurisdictione transire ius daodi iudicis, oec ad id legis beneficio opus esse, per *d. L. 12. §. 1 ibi more maiorum*, Provincialibus hanc potestatem propriam noo esse nec transire in legatum, sed hoc ei lege nominatim dari. Idem *Lib. 2. de iurisdict n. 19.* iudicis dationem esse iurisdictionem, quatenus significat munus ius dicentis, ooo autem veræ & propriæ. Et lege tribui, oon iure magistratus, Biro *Var. Q. Q. de iurisdict. fol. 25. & fol. 28.* Fachin. 1. *Contr.* 45. Bocer. *de iurisdict. C. 1. n. 17. & Cap. 6. n. 19.* Sed recte Duar. *de iurisdict. Cap. 5. sub fin. & de iudic. Cap. de iudic. dat. fol. 155.* Etsi lege concessum hoc proconsuli, non tamen specialiter, sed lex cavet, ut quæ magistratibus urbis competebant, iure magistratus sui, in ipsum transferrentur, & Scip. Gentil. 2. *de iurisdict. 10. pag. 228. & seq. & Cap. 14. circ. fin.* Quare lex non tam tribuit nominatim, quam declarat

dare posse: & omnem posse, qui iurisdictionem habeat. Id genera eorum qui iurisdictionem habent, sigillatim proposita declarabunt. Diximus suo loco horum duo esse genera. Unum eorum qui suo iure iurisdictionem habent, in quo genere sunt magistratus. Alterum eorum, qui habent alieno beneficio, atque hos esse, quibus mandata est iurisdictio. De magistratibus vere dixerimus, 2 omnes iudicem dare posse. Hoc de urbanis magistratibus, qui fuerunt Romæ, generaliter scribit Paulus in *d. L. cum prætor*, §. 1. *de iud.* In provincialibus, solum de proconsule. Sed quod urbanis tribuit, sciamus satis argumenti esse, idem & ad provinciales magistratus, præsides, reliquosque rectores provinciarum pertinere; cum de horum imperio & potestate ita traditum sit, quæcunque partes sunt eorum magistratuum, qui Romæ ius dicunt, eas proconsulibus, omnibusque præsidibus & correctoribus provinciarum esse tributas. *L. ex omnibus: L. omnia. L. sed licet, D. de offic. præs.* Quod attinet ad eos quibus iurisdictio mandata est, de his aperte & generaliter Paulus definit, illos iudicem dare posse. *d. L. cum prætor*, §. 1. *de iud.* Addit quidem ille; *ut sunt legati proconsulum*. Sed perspicuum est, dictum hoc esse exempli caussa, quod eiusmodi est, ut nihil 3 mutet de proposita definitione: bene enim vulgo dicitur, exempla non restringere regulam. *L. 1. §. quod vulgo, D. unde vi.* Et ne ita esse dubitemus; etiam procuratori Cæsaris vice præsidis agenti, id est, mandata ei iurisdictione a præside, permittitur iudicem dare inter privatas personas, inter quas alioqui iurisdictionem suo iure non habet, ut significatur in *L. 1. C. de pedan. iudic.* Duo sunt tamen, quæ in hoc genere videantur obstare; de quibus paucis respondebo.

III. Obstare vulgo putant, quod traditur in *L. ultim. D. de offic eius*, eum cui mandata est iurisdictio, iurisdictionem alteri mandare non posse. Cur enim his verbis non putemus hoc dici, nec caussam iudici dato delegari posse? Hæc obiectio impediit Accursium, & similes, quia existimarunt 4 hæc eadem esse, mandare iurisdictionem, & delegare iudicem. Inter quæ multum interest, ut suis locis docuimus, cum de iudicibus, & mandata

declarat hoc ius illi competere, ut sui imperii, seu magistratus. Alii hoc ius dandi iudices mixti imperii esse volunt, Baro *de iurisdict. fol.* 40. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 1. n. 3. Camil. Plaut. *ad Rub. D. de off. eius Lib.* 2. *Cap.* 13. n. 6. & 7. Ioach. Steph. 1. *de iurisdict.* 4. n. 14. & *Lib.* 3. *Cap* 5. n. 23. Quod Obrech. *de Iurisdict. Cap.* 12. n. 21. sane admittit, sed ideo, quia putat quæcunque iurisdictionis sunt, eadem imperii esse & contra, vid. *supra Cap.* 8. *N.* 23 Bocer. *de Iurisdict. Cap.* 3. n. 7. esse iurisdictionis eo respectu, quod qui iurisdictionem habet, idem licentiam iudicis dandi (in quo tamen a seipso dissentit *ut supra*) imperii ratione iussus. Malo sic. Datio iudicis est actus iurisdictionis, addicendo enim iudicem, iudiciumque constituendo, ius utique dicit, seu reddit prætor litigantibus. Quanquam non ideo omni, cui quæcunque iurisdictio est, hæc competit, ut magistratui municipali, per *d. L.* 12. §. 1. *in fin.* Nam uti imperium mixtum alii magistratui maius, alii minus, ita & iurisdictio. Potest igitur actus esse iurisdictionis, (maioris) æque uti imperii, etsi non omni magistratui, iurisdictionem (minorem) vel imperium habenti competat, confer *supra Cap.* 7. *N.* 27. Sed iubere iudicare, seu compulsus ut addictus iudicare cogatur, est imperii mixti. Ratio evidens.

2) Etiamsi ad certas caussas constituti, ut *L. 1. C. de pedan. iudic.*

3) Vera sententia, sed quæ ex d. *L.* 1. non probatur, quia vice præsidis agens differt a mandatario iurisdictionis, vid. *supra Cap.* 8. *N.* 9. Satis autem probatur *d. L.* 12. §. 1. ubi id adeo expressum dicit Duar. *in Apolog. de Iurisd.* n. 13. ut nullus dubitationi sit locus. Et consentit Musc. *de Iurisdict.* n. 160. Ant. Fab. *ad L.* 1. & *ad L.* 5. *de iurisdict.* Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 10. & 20. Diss. qui legato proconsulis soli hoc largiuntur, tanquam id habeat ex speciali legis concessione, non vi mandati, Govean. *ut supra N.* 1. Hottom. 3. *Obs.* 4. Vacon. 6. *Declar.* 87. Bellon. 3. *Supputat.* 11. Pach. 1. *Centr.* 4. Camil. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *Cap.* 12. n. 14. & *lib.* 2. *Cap.* 13. n. 3. & 4. ubi tamen n. 10. ius hoc etiam alii concedit, cui universa iurisdictio mandata. Quomodo & Lycklama 4. *Membran.* 7. specialiter hanc licentiam mandari non posse, at generali mandato transire, quod sæpe universitati accedant, quæ separatim non transeunt *L.* 29. *de contr. empt.* Sed hoc alienum est, & dissimili simile. Quin imo hic aperte regula contraria habetur, in *L.* 1. *pr. de off. eius.*

4) Ut Accursiani fere omnes passim & cum iis Govean. *ad L.* 6. *de iurisdict.* Poll. *Lib.* 3. *Hist. fori C.* 11. P. Greg. 47. *Synt.* 22. & Wes. *ad tit. C. de pedan. iud.* n. 12. & *seqq.* ubi n. 14. statuit, quod uti proconsulibus fuerunt legati, quos non suo arbitratu eligebant, sed a senato accipiebant, licet pro arbitrio illis iurisdictio mandaretur, ita præsidibus iudices pedaneos a Senatu, vel principe assignatos, quibus propter occupationes, iurisdictionem mandarint. Gœdd. quoque hæc apertissime confundit de *Sequestr. Cap.* 1. n. 71. & *passim*. Quanquam ipse *ibid.* n. 71 distinguat inter mandatam iurisdictionem & delegatam, ac si iudici dato dicenda sit iurisdictio delegata, non mandata. At imo non ita distinguendum est. Nam delegare idem est quod mandare; sed distinguendum inter mandatam seu delegatam iurisdictionem & caussam seu litem. Sed & in eo, Ut hanc *ἀκριβολογίαν* non insectemur, labitur in præcedd. quod dum agit de revocanda delegata iurisdictione (& ita iuxta acceptionem suam, notione dati iudicis) multa movet, quæ vere tantum sunt mandatæ iurisdictionis, multa obiicit, ut delegati proconsulis potestate inconsulto principe non revocanda, &c. Ut curas quis merito secondis illic exigat. Enimvero ex hac promiscua acceptione infiniti errores promanarunt, ut iuste DD. veteres hac de caussa a novioribus vapulent, iustius autem noviores ii, qui hoc meliore ævo differentias perspicuas non animadvertunt. Vid. Bodin. 3. *de Rep.* 5. n. 306. Baro *Var. Var QQ. de iurisd. fol* 29 & 30. Muscorn. *de Iurisdict.* n. 259. Duar. *de Iurisdict. Cap. ult.* & *ad L.* 5. & *L.* 16. *D eod.* & *ad L.* 5. *de re iud.* item ad *tit. C. Ubi & ap. quem in int.* A. Fab. 17. *Coniect.* 8. Covar. 3. *Var. Resol.* 20. n. 11. Bron. 1. *Ass* 21. & 1. *Misc.* 33. Pac. 1. Q. 49. & Q. 54. Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 13. Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 16. n. 18. & *seq.* Bocer. *de Iurisd. Cap.* 6. n. 6. Obrech. *Disp.* 7. n. 153. & *seqq.* Fachinæ 12. *Contr.* 89. Camil Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *Cap.* 12. & 2. *seqq.* Qui *Cap.* 14. perplures differentias recenset. Præcipuas autem sic in unum cogere placet. Differunt 1. Constitutione. Iudex addicitur ex consensu litigantium vid. *infra Cap. seq. N.* 21. Mandat iurisdictionem magistratus pro libitu (a) ille datus invitus, Ideoque necesse est iurisdictioni dantis subsit: Mandari etiam magistratui alii potest, itemque extraneo alterius ditionis, quia volens suscipit, *supra Cap.* 8. *N.* 23. Illic ut vult Plautius scriptura requiritur, hic consensus sufficit (2). Effectu & potestate. Ille iurisdictionem non habet, sed nudam notionem

data iurisdictione ageremus; de qua & nunc inter eruditos omnes convenit. Mandare iurisdictionem, si de iudicio agitur, est quidem iudicem dare; sed cum imperio & exsequendi iudicati potestate: id enim iurisdictio significat. Iudicem autem dare est simpliciter dare iudicem, id est, dare quidem eum qui iudicet, sed sine iurisdictione & imperio, quia sine exsequendi potestate. Qui mandatam iurisdictionem habet, hanc ideo alii mandare non potest, quia habet alienam, non suam; tantumque exercitio ei commissa est; quæ est personalis. At idem iudicem ideo dare potest, quia iudice dato nihilominus in ea caussa iurisdictionem retinet. Sententia enim a iudice dato lata hanc exsequetur is qui eum dedit, ut fieret, si iudicem dedisset magistratus. *L. a Divo, §. 1. D. de iud.*

IV. Plus habet difficultatis ad explicandum, quod scriptum est in *L. eum qui, D. de iurisdict.* his verbis: *eum qui iudicare iubet, magistratum esse oportet.* Hoc enim valet, ita eum qui id iubet magistratum esse oportere, ut nisi sit, non possit iubere iudicare: proinde nec iudicem dare qui iudicare debeat. Atqui omnis cui mandata est iurisdictio, quatenus talis est, non est magistratus: non enim habet iurisdictionem suo iure. Solum autem suo iure habet magistratus, ut suo loco ostendimus. Quo fit, ut cui mandata iurisdictio est, is iudicem dare non possit. Sed quod dicitur, eum qui iudicare iubet, magistratum esse oportere; tale est, ut eum cui mandata est iurisdictio, non excludat, quoniam is vice magistratus fungitur, eiusque imperio utitur, *L. 3. D. de offic. eius, L. solet, D. de iurisdict.* Non me movet, quod is cui mandata solum iurisdictio est, non est magistratus. Sane enim honore & proprietate iurisdictionis non est magistratus. Exercitione 5 imperii atque usu magistratus est; certe pro magistratu habendus, dum vice eius & partibus fungitur, & eodem imperio est. Illud in hac obiectione constare debet, si quem cui mandata est iurisdictio, admiserimus iudicem dare posse, probandum esse etiam eum posse iubere iudicare: ne quis forte ad hæc concilianda eo nunc confugiat, ut dicat diversarum rerum officia hæc esse, iudicem dare, & iubere iudicare: eoque nec mirum esse, si cui negetur iubere iudicare huic concedatur dare iudicem. Quisquis iudicem dare potest, etiam eum quem dedit 6 iubere potest iudicare. Primum quia 7 utrumque est iurisdictionis: ut si is cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest, quia hoc facere est iurisdictionis, quam ille isto facto exercet: possit eadem ista ratione iubere iudicare, quia hoc quoque est iurisdictionis. Deinde quia frustra quis iudicem dederit pro potestate, nisi possit pro eodem imperio iubere, ut qui datus est, iudicet. Cui autem iurisdictio data est, ut datur ei, cui est mandata, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. *L. 2. D. de iurisdict.* Ratum est igitur, omnem qui iurisdictionem habet, iudicem dare posse, si persona tantum dantis quæritur; sive is magistratus est, sive is mandata tantum iurisdictione utitur. Et hoc ex eo videlicet, quod dicimus licentiam dandi iudicis esse iurisdictionis.

V. Valet & hæc definitio in contrarium, & quidem multo certius, ut si quis iurisdictionem non habet, continuo recte dicturi simus, eum iudicem dare non posse. Id ipsum & ex generibus eorum, qui in ea caussa sunt, sine hæsitatione intelligetur.

VI. Qui iurisdictionem non habent, eorum item duo genera sunt: privati, qui nullo munere iudiciario funguntur, & iudices dati. Privatos constat ipsos sibi iudicem dare, aut sumere non posse. *L. 3. C. de iurisdict.* De iudice dato, quem suo loco ostendimus notionem tantum habere, non iurisdictionem, exstat definitio difer-

tionem sine imperio & potestate exsequendi. Hic iurisdictionem cum imperio, adeoque totum ius dicentis officium. Ille habet notionem propriam & suo nomine iudicat, etsi non nisi iussus. Hic iurisdictione aliena utitur, & mandantis vice fungitur. Ille non datur nisi ad unam litem. Iurisdictio autem etiam omnis, seu universa mandari potest. Ab illo appellatur is qui dedit: ab hoc non qui mandavit, sed eo proxime superior. Ille iudicem alium dare nequit, hic potest Ille infimus iudex, hodieque regulariter tantum caussarum viliorum: Hic cum repræsentet mandantem, ex eius persona honorandus, ut *supra Cap. 8. N. 13* neque ut potestas dandi iudicis, ita & mandandæ iurisdictionis restricta, 3) Dissolutione: Iudicis enim dati auctoritas morte dantis non finitur, ut mandata iurisdictio. Contra paris imperii adeptione illa finitur, hæc non æque.

5) Ita & Bron. 1. *Misc. Ass.* 33. A. Fab. *ad d. L.* 13. quia ex §. 1. apparet id scribi non ad exclusionem eius, cui mandata est iurisdictio, sed privati, qui nullam penitus iurisdictionem habet. Expedite P. Fab. *ad L. 70. de R. I. pag.* 319. Non hæc mens, ait, Ulpiani ut eum, cui mandata est iurisdictio excluderet, sed ut doceret eogi non posse, ut iudicet, ab eo, qui nec propriam nec mandatam iurisdictionem nunc habet, licet ille ipse, cum magistratus esset, eum iudicem dederit.

6) Uti Charond. *de iurisdict. n.* 24. Baro & Duar. *ad d. L.* 13 & Muscorn *de iurisd. n.* 160. maioris imperii esse iudicare iubere, quam iudices dare.

7) Hoc noster inde statuit, quia putat quæcunque imperii sunt, eadem iurisdictionis esse, ut *supra Cap. 8. N.* 27. Quod ibi non admisimus. Conveniens tamen hæc ratio ita, quia etsi hic iussus sit imperii, id tamen mandata iurisdictione una transit.

diserte scripta in *L. a iudice*, *C. de iud.* hunc iudicis dandi potestatem non habere, cum ipse iudiciario munere fungatur, ut fit sensus: cum iudex datus fungatur tantum munere iudicandi, non iuris dicundi: hoc autem totum, iudicem dare, sit iurisdictionis, non iudicationis. Est quidem iudicandi munus publicum. *L. quippe*, *D. de iudic.* cuius generis munera constat non posse detrectari. *L. si quis magistratus*, *L. ult.* § *iudicandi*, *D. de mun.* Sed non ideo efficitur; iudicem datum cum hoc munus in se admiserit, non posse vice sua alium dare, qui iudicet, si nihil aliud quam munus publicum impediat. Nam & tutela munus publicum est. *L.* 1. §. *aeque*, *D. de mun.* *Inst. de exc. tut.* in prin. Neque tamen prohibetur tutor tutelam mandare alii gerendam: quasi videatur eam gessisse, qui gessit per alium. *L.* 5. §. *gessisse*, *D. de adm. tut.* Prohibetur ergo iudex delegatus alium iudicem dare, non quia munere publico fungitur, sed quia munere iudiciario, id est, ut dixi, iudicandi tantum, non iuris dicundi; seu eo munere, in quo [8] insit notio tantum, non iurisdictio; cuius solius proprium est dare iudicem.

VII. Excipitur ex numero iudicum datorum iudex a principe datus; quem placet alium iudicem dare posse, in *d. L. a iudice*, *C. de iud.* Non aliam id quidem ob caussam, quam quod & hic habet iurisdictionem, ut ostendimus in mandata iurisdictione, ut dicendum sit sibi per omnia constare superiorem definitionem, potestatem iudicis dandi esse iurisdictionis, eo qui iurisdictionem habeat, iudicem dare posse, si nihil aliud impediat; qui non habeat, omnino non posse.

8) Facit *L. ult.* vers. *sed ne quis ibi vel apud eos C. Ubi & ap. quem in t.* Scip. Gentil. 2. *de iurisd.* 14. *p.* 246. rationem reddit (1) ex *L.* 3. *C. de iurisdict.* Non placet, Nam & iudex datus, persona publica est, & privati ibi significantur litigantes (2) quia ipse iudicare iussus & parere cogitur per *L.* 78. *de iudic.* Et hanc reprobat hic Donellus. Ac certe magistratus, & ius dicentis officium non minus, imo magis publicum, ex mandato tamen transit. Putat Cuiac. 9. *Obs.* 22. arbitrum tamen dari posse a iudice dato, veluti rationibus excutiendis &c. In quo accedit. DD. iis, qui delegatum unum caussae articulum subdelegare, ut loquuntur, concedunt.

CAP. XXIV.

Qui iudices dari possint; & qui conditione personae iudices esse prohibeantur.

Iudices dari posse omnes qui non prohibentur. I.
Quidam prohibentur conditione personae. Hi natura aut legibus. II.
Natura *Surdus*, *Mutus*, *perpetuo furiosus*, *& impubes*. III.
Item minor: & imperitus. Quae iuris peritia desideretur. IV.
Minor nec invitus cogi, nec etiam volens adversus invitos potest iudicare. V.
Secus si iure datus, idemque volens, nec litigantibus invitis iudicet. L. cum lege 41. *explicatur.* VI.
Hoc posteriore casu quid praeterea in minore desideretur. Interpretatio L. quidam 57. D. *de* re iud. VII.
Quid si minor magistratum gesserit. VIII.
Iudicis officio caecus omni tempore fungitur. Accursii distinctio exploditur. IX.
Contrarii iuris loci explicantur. X.
Quidam legibus vel moribus prohibentur; & qui sint. XI.
Prohibentur & ii qui non sunt in albo iudicum descripti. Horum ordo duplex, & qui. XII. XIII.
Item suspecti; & qui tales. XIV.
Transitio. XV.

I. Ut non omnes iudicem dare possunt, sic non omnes iudices dari. Qui dari possunt, etiam de eo exstat Pauli divisio in *L. cum praetor*, §. *non autem*, *D. de iud.* Sed cui & ipsi multa desunt: sicut & priori illi eius definitioni, quae fuit de iis qui iudices dare possunt. Nos omnia sic recte complecti posse videmus. Omnes iudices dari possunt, qui esse aut dari [1] non prohibentur. Sic ius per-

1) Coler. *de Processʃ. exʃ. P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 52. Impedimentum, inquit, iudicandi triplex. Naturae in surdo, muto, furioso: Legis in ordine moto; & Morum, consistens in sexu, & statu. P. Gregor. 47. *Synt.* 9. incapacem esse, vel ex propria persona, vel ratione assumptae dignitatis aut officii, vel ratione litigantium, qui de his tractat *d. Cap.* 9. *& 2. seqq.*

perpetuum est, omnia licere, quæ iure fieri non probibeantur. Est enim hoc libertatis eius, quæ omnibus civibus tributa est. *L.* 4. *D. de stat. hom.* Quam & ipsam in omnibus integram manere oportet, nisi quid ei iure derogetur. Usurpata definitio in testibus in *L.* 1. *§.* 1. *D. de testib.* usurpata in procuratore in *L. mutus*, *§.* 1. *D. de proc.* Sed ita usurpata in his, ut ratio ostendat ius ad similia omnia pertinere. Soli ergo qui prohibentur, esse iudices non possunt. Quibus cognitis etiam priores sua sponte intelliguntur: cum posterioribus remotis soli relinquantur, qui non prohibentur, quos omnes idoneos esse dicimus. Idcirco ad eos qui prohibentur, omnis hæc tractatio refertur, ut fit & in similibus omnibus quæstionibus, quæ sunt de personæ ad res aliquas facultate.

II. Eorum qui iudices esse prohibentur, duo genera sunt. Quidam prohibentur conditione personæ in totum: quidam privatis de caussis in eam causam de qua agitur, aut in id tempus quo agitur, incidentibus: alioqui extra eas causas, aut id tempus idonei iudices futuri. Conditione personæ prohibentur alii natura, quidam legibus; quod posterius ita dico, ut velim etiam mores in leges receptos comprehendi. Pauli divisio est in *d. L. cum prætor*, *§. non autem*, *de iud.*

III. Natura prohibentur ii, in quibus non [2] est facultas earum rerum, quas iudicis munus desiderat. Non enim iudex nomen est honoris & tituli, sed officii & administrationis; quæ in quo non est, satis natura ipsa officii iudex esse prohibetur. Iudicis hæc munera sunt quatuor; causam audire; loqui quæ ad promovendam causam & litem sententia dirimendam pertineat; cognoscere rem ac indicare; nec iudicare quovis modo, sed ita ut legibus, constitutionibus, & moribus proditum est. *L. iudices*, *C. de iud. L. de qua re*, *D. eo. Inst. de offic. iud.* quæ nunc strictim indicamus, quia locus postulat; pluribus postea de singulis dicturi in ordine iudiciorum, ad quem hæc officia pertinent. Si quis est igitur, qui audire disceptionem litigatorum non possit: si quis, qui non possit loqui: si quis, qui non possit iudicare; si quis, qui non didicerit iudicare ex legibus: natura ipsa rei loquitur neminem horum officio iudicis fungi posse. Hinc ad hoc recte referuntur a Paulo hi quatuor, surdus, mutus, perpetuo furiosus, & impubes. *d. L. cum prætor*, *§ non autem*, *de iud.* [3] Surdus audire non potest. Mutus non potest interloqui aut sententiam pronuntiare. Furiosus & impubes iudicio carent, ut ibidem scribit Paulus: idest præcipua ea parte, a qua sola iudicium nomen habet. Idem in *§. præterea*, & *§.* seq. *Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Sed cur dixit, [4] perpetuo furiosus? Quia furiosum iudicem datum esse nihil nocet, quominus quod sententia dixerit, ratum sit, si suæ mentis effectus cognovit de re, & iudicavit; ut explicatur in *L. cum furiosus*, 39. *D. de iudic.* Sed ut hi quatuor recte in superiore genere ponuntur: ita non sunt soli ex hoc genere.

IV. Superioribus adiiciendi sunt duo, minor viginti quinque annis, & [5] imperitus iuris ac legum iudex. De peritia iuris quanta sufficit ad caussam dirimendam, ita iudicandum est, non aliud esse magis, quod desideretur in iudice. Non enim hic quodvis iudicium requirimus: sed id quod esse possit ex iure & legibus de re

2) Ubi etsi adversa pars nihil opponat, non valet iudicium, quia non est in arbitrio opponentis, huic vitio meden Wes. *ad t. C. Qui pro sua iurisdictione n.* 5. Vant. *de Nullit. ex def. iurisdict. deleg n.* 41. Et nec dispensationi hic locus, cum illa iudicium conciliare impuberi ex. gr. nequeat ob cuius defectum arcetur, argum. *L. ult. C. de test. mil.* Knich *de Sax. non provoc. iure v. Electorum Cap.* 5. *n.* 78 Vant. *d. lo. n* 40.

3) Hinc audientia caussæ dicitur *L.* 10. *C. de iudic.* & sæpe litigantes interrogare expedit *L.* 9. *eod. Cap iudicantem Cap.* 30. *Q.* 5. De his & de furioso pluribus P. Gregor. 47. *Synt.* 9. *n.* 3 *& seqq.* Zang *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 20. *& seq* Item prodigus, qui furioso comparatur, Wes. *ad tit. C. Qui pro sua n.* 5.

4) Tutum tamen hoc non esse monet P. Gregor. *d. Cap.* 9. *n.* 14 quia negocia offerri possunt, quæ moveant bilem iudici, & in furorem facile concitent.

5) Ignorantia enim iudicis plerumque est calamitas innocentis, ut Augustin 19. *de Civ. Dei.* 6. Et intolerabilis ignorantia in iis, qui præsunt *Cap. si in laicis* 38. *dist.* Unde Bald. *in L.* 2. *C. de Sent ex peric.* iudicem duplici sale instructum esse debere: Scientiæ, ne sit insipidus, & conscientiæ, ne sit diabolicus, Menoch. *Arb. Cas.* 339. *n.* 1. vid. Coras. 5. *Misc.* 19. Gomez. *ad L. Tauri* 2. *n* 1. 2. 3. Rob. 3. *Sent.* 3. Zas. *ad d. L. pen. C. de iudic.* Ant. Massa Gales. *Lib.* 3. *de Exerc. Iurisperit. n.* 78. *& seqq.* (ubi *n.* 82. de iudicibus imperitis merito dici, quod apud Solonem Anacharsis, se maxime admirari, quod apud Græcos homines sapientes dicerent, stulti iudicarent) P. Gregor. 4. *de Rep.* 6. *n.* 11. *&* 47. *Synt.* 10. *n.* 9. *& seqq.* Ioach. Steph. 1. *de iurisdict* 5. *n.* 2. *&* 3 Suarzental *ad L. nemo* 12. *C. de sent. & interl. n.* 46. *& seqq.* Beust. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 457. Vulgo hoc restringunt, nisi assessores habeant, per quos defectus scientiæ suppleri possit, Matth. Steph. 1. *de iurisdict.* 17. *n.* 21. Unde in magistratibus non requisitam fuisse peritiam, cum plerumque fuerint militares, nec ex imperitia assessorum ipsos pœnam incurrisse volunt Coras. *d. Cap.* 19. Bron. 1. *Ass.* 64. Cic. *pro Plancio p.* 634 *Populus Romanus deligit magistratus, quasi Reipublicæ villicos, in quibus si qua præterea est ars, facile patitur; sin minus virtute eorum & innocentia contenta est. Quotus enim quisque disertus, quotus quisque iurisperitus est*, &c. Sed Rob. 3. *Sent.* 3. distinguit inter magistratus eos, quibus non tantum controversias dirimere, sed & alia Reipublicæ munia exsequi incubuit. His, ait, vitio non vertebatur, si male ius dixissent, sed eorum assessoribus: *L.* 2. *Quod quis iur.* Et eos quibus una cura dirimendarum litium forensium, qui legum periti esse debent *d. Nov.* 82. *pr.* quique etsi cum assessoribus lapsi, litem suam faciunt.

de re controversa, ut dixi. Quem ergo iuris, moris imperitum esse constabit, sciamus hunc iudicem esse non posse. Quod & semper observatum fuit in omni bene instituta Republica: & ut non esset antea, hunc certe Iustinianus a iudicandi officio removit *Novel.* 82. *de iudic.* in princip. *Neque enim putavimus convenire*, inquit, *ut illi iudicum nomen gerant; qui & legum sint imperiti, & in rebus gerendis nullum habeant usum, nullam experientiam*. Et paulo post: *cum vero erunt, qui nec magistratum gerant, nec nobis in ministerio sint; si iidem non a se ius accepturi sint, sed aliunde emendicaturi rectam iudicandi rationem, an non magnum ea res detrimentum Reipublicæ afferat, si his tradamus lites disceptandas, ignorantibus quid facto sit opus, sinamus autem eos quærere alios, a quibus discant, quid se in indicando pronuntiare oporteat?* Non mutat hanc sententiam, sed confirmat potius idem Iustinianus in *L. certi, penult. C. de iudic.* definit quidem ille initio, certi iuris esse concessam esse etiam militaribus hominibus iudicandi facultatem. Scimus autem, quod & idem alibi testatur, arma magis quam iura milites scire consuesse. *L. ultim.* in princip. *C. de iur. delib.* Sed de quibus militaribus hominibus, & quam peritis sentiat in *d. L. certi*. Ipse in reliqua constitutione declarat. *Quid enim obstaculi est*, inquit, *homines qui alicuius rei peritiam habent, de ea iudicare?* De iis ergo loquitur, in quibus saltem exigit peritiam eius rei, de qua iudicant. Neque nos in omnibus iudicibus maiorem exigimus, aut exigendam putamus. Denique in *extremo* eos se dicere ostendit, *qui pro sua & legis scientia altercationibus militaribus finem imponant*. Ita in summa hac constitutione docemur, quod de iudice imperito dicimus eum iudicem esse non posse, ita verum esse, dum intelligamus non exigere nos in quovis iudice exactam omnis iuris cognitionem, sed tantam, quanta ad eas caussas quæ tractantur, decidendas [6] sufficit. Quæ si aderit, habemus, quantum satis sit ad indicandi facultatem. Et hoc est, in iudice militari sufficit iuris & legum militarium cognitio. In iudice privato, iuris privati peritia. In iis locis, quæ moribus reguntur, eorum morum observatio & usus. Res enim huc spectat, ut quoniam a iudice exigimus, ut secundum leges & mores iudicet, eas ipse leges & mores cognitos habeat. Quem si certum sit ea non didicisse, necesse est nihil ei reliqui ad munus iudicandi obeundum.

V. De minore viginti quinque annis pubere, anceps quæstio est. Nam multis argumentis iuris probatur eum indicem esse non posse. Et tamen scriptum est in *L. quidam. D. de re iudic.* si sententiam dixerit, æquissimum esse hanc tueri: qua declaratur eum indicem fuisse: nam qui iudex non fuit, huius sententia non habet iudicati auctoritatem. *L.* 3. *C. de iurisdict. L. unica, C. qui pro sua iurisdict. indic. da. poss.* Est præterea in *d. L. quidam*, distinctio subobscura in eo ipso minore viginti quinque annis, qua distinguitur in hac ipsa caussa pubes minor decem & octo annis ab eo minore, qui hanc ætatem excessit: ac qua in re distinguat, adeo obscurum est, ut prima fronte videatur hanc ipsam distinctionem initio positam, postea confundere. De quo sic habendum est. Iam primum hoc statuamus, [7] minorem viginti quinque annis puberem, si nihil aliud eum esse velimus quam iudicem privatum, neque invitum iudicem dari posse, ut iudicare cogatur; neque volentem iudicem esse posse invitis litigatoribus, & recusantibus, quominus in se sententiam ferat. Nus-

6) Et ita probe declarant Rob. *d. Cap.* 3. P. Greg. *d. C.* 10. *n.* 11. Cote. *Lib.* 2. *de iure mil. Cap.* 6. Quisque enim suæ artis disceptator optimus. Hinc artifices de caussis sui artificii, & mercatores de caussis suæ negociationis cognoscunt *leg. ult. Cod. de iurisdict.* Unde illud: Peritis in arte credendum esse *L.* 12. *de sta. hom.*

7) Consentit Rosbach. *Process. Tit.* 4. *n.* 13. P. Greg. 47. *Synt.* 9. *n.* 16. *& seqq.* Exemplo enim perniciosum, ait, ut qui se regere non possunt, alios regant. Et Plato 3. *de Rep.* non iuvenem esse oportere, sed senem bonum iudicem. Cuius rei tres caussas profert Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. (1) quia adolescentum mores incerti, qui mutantur in horas, (2) Vehementes illis animi commotiones (3). Longus rerum usus in eos non cadit. Contra Govean. *ad L.* 2. *de iurisdict. n.* 8. (1) argum. a contrario ex *d. L.* 12. §. 2. *hoc tit.* vers. *natura* (2) quia eo ipso dum L. Iulia cavit, ne iudicare cogatur *d. L.* 41. posse significat. Et consentiunt Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua iurisdict. n.* 6. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* qui, maiorem 18. annis esse posse iudicem, statuit: infra eam ætatem vero plane non, sed minorem 20. annis non cogi. Maiorem 20. annis etiam cogi per *d. L.* 41. & Matth. Steph. 1. *de iurisd.* 17. *n.* 26. Bron. 1. *Ass.* 65. Zang. *de Exc. P.* 2. C. 1. *n.* 16. *& seq.* Arumæ. *Disp. Pand.* 7. *Th.* 7. Ad *d. L.* 8. *de minor.* Resp. Govean. & P. Fab. Aliam esse rationem administrandæ Reipublicæ, aliam cognitionis de privata caussa, ubi nec pleno arbitrio cognoscunt, sed ex formulæ præscripto, & peccatum appellatione corrigi potest. Atque his accedo. Quidni enim cum maior 17. annis postulare, & si usque adeo peritus, de iure respondere possit *L.* 1. §. 3. *de postul.* iudicandi eam facultatem, in caussis maxime levioribus, quæque a magistratibus delegari possunt, tribuamus. Quin & maiorem 20. annis ipso iure arbitrum eligi posse quidam arguunt ex ipsa *L.* 41. *de rec. arb.* quia ibi dicitur *succurrendum ei* nempe restitutione in integrum, *si temere auditorium receperit*. Ergo ipso iure gesta valent, per *L.* 16. *pr. de min.* Et alias respondere posset, disparem arbitri rationem esse, qui liberius iudicat, nec provocatione eius pronunciatum rescindi potest, &c.

Nusquam id diserte traditum, sed ea sunt in eam rem argumenta, quibus non minus certo id efficitur. Primum huiusmodi: Minores viginti quinque annis ad munera publica quæ patrimonii non sunt, admitti non oportet. *L. ad Rempublicam*, *D. de muner. & honor.* At tale munus est iudicare, *L. quippe*, *D. de iudic.* Quare nec minor etiam volens ad id munus admittendus est. Quo etiam argumento Harmenopulus pro hac sententia utitur *Lib. 1. Cap. 4.* Alterum argumentum est ex eo, quod scribitur de arbitro minore in *L. cum lege*, *D. de recept.* De eo illic ita scriptum est, ut negetur iudex compromissarius fieri posse, & si sumptus sit, placeat sententiam eius non tenere litigatores: idque hac ratione, quod minor viginti annis ex lege Iulia non cogatur iudicare; maior autem annis viginti, minor viginti quinque non cogatur propter paratam in integrum restitutionem. Atqui eædem istæ rationes etiam in minore iudice dato non minus valent: quinimmo & magis propter maiorem legibus iudicandi difficultatem. Quo efficitur & in iudice minore idem ius intelligi debere, ut frustra iudex detur, qui iudicare cogi non potest. *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Adde his ius vetus, quo usos fuisse Romanos Augusti temporibus refert Suetonius. Scribit enim in Augusto *Cap. 26. & Cap. 32.* Augustum allegisse indices ex trigesimo anno; & addit, idest, quinquennio maturius quam solebant: significans ante Augusti tempora, non modo iudices non eligi solitos minores viginti quinque annis, sed nec ante trigesimum quintum annum: ipsius autem Augusti non solitos allegi etiam ante trigesimum. Ut mirum non sit, si postea detractis rursum quinque annis iudicandi interdictio saltem intra minorem ætatem constiterit. Si rationem huius iuris quærimus, non est obscura. Etsi enim in pubere minore viginti quinque annis plus iudicii est, quam in impubere: non tamen est tantum, ut diiudicationem rerum controversarum possis ei facile tribuere. Nam & minoribus propter infirmitatem consilii adempta est rerum suarum administratio *L. 1. D. de minor.* Non convenit, quibus rerum suarum non committitur, his alienarum tradere diiudicationem & potestatem. In ea re præsertim, qua nullum munus, nulla administratio maiorem prudentiam & iudicium desiderat: idest, in iudicio, quod quia præcipue illa desiderabat, ex eo proprie & iudicii nomen invenit. Non est igitur minor viginti quinque annis in ea caussa, ut iudex esse possit, ætatis non satis firmo iudicio prohibente. Sed hactenus, inquam, ut proposui, ut neque invitus cogi possit iudicare, neque volens cognoscere & sententiam ferre adversus invitos possit.

VI. Cæterum si iudex datus ab eo qui ius dandi habuit, ultro cognitionem susceperit, non recusantibus litigatoribus, atque hoc modo sententiam tulerit: hic locum habet, quod Ulpianus scribit in *d. L. quidam*, *de re iudic.* æquissimum esse sententiam tueri. Quod ait æquum esse; innuit proprie & summo iure minorem iudicem non fuisse, ut proinde nec eo iure sententia eius defendi potuerit tanquam a competente iudice lata, sed nihilominus ex æquo & bono tuendam esse, cum propter [8] consensum litigatorum, tum propter auctoritatem eius, qui eum dedit: sed maxime ideo, quod fuerit ea ætas, quæ iudicium pueritiæ excedens iuris & legum perita esse possit. Sed in hunc quoque casum refragari videtur *d. L. cum lege*, *D. de recep.* Nam illic non tantum dicitur, minorem iudicem compromissarium eligi non posse; sed nec si sententiam dixerit, valere. Et tamen arbitri sententiam inter consentientes dici constat. Et hoc in arbitro minore recte dicitur. Ad minorem iudicem datum transferri non debet. Dissimilis enim caussa est iudicis dati, & arbitri. Arbiter etsi volens sumitur a volentibus & aperte in eum consentientibus; nemo tamen est, qui potestatem sententiæ dicendæ in eo confirmet. Sumitur enim a privatis. Privati nullo consensu suo iudicem facere potuerunt eum, qui iure esse non poterat. *L. 3. C. de iurisd.* In iudice autem dato est, qui auctoritatem sententiæ dicendæ ei tribuit: is nimirum, qui ius dandi iudicem habuit. Cui dationi si etiam non repugnantia litigatorum accesserit, tum & in dante, & in eo qui datus est, itemque in litigatoribus omnia concurrunt, cur sententia ab eo dicta servari debeat.

VII. Sed & hoc ita accipi vult Ulpianus, si minor viginti quinque annis decimum octavum annum excesserit. Tum enim vere plenam pubertatem implevit, qui eum numerum excessit. *§. minorem*, *Inst. de adopt.* Quod si pubes decem & octo

8) Atqui semper olim ex consensu partium accipiebantur. ut *infra N. 11.* Quare vel hinc modo dicta *N. praed.* confirmantur.

octo annis minor erit: negat Ulpianus, quanvis non recusantibus litigatoribus sententiam dixerit, sententiam tuendam esse. Et tamen hoc ita postea temperat, nisi is ex consensu iudex datus sit, scientibus iis, qui in eum consentiebant. Quod si fit, etiam huius sententiam similiter tuendam esse admittit. Quomodo ergo iam istos distinguit, minorem decem & octo annis, & minorem 25. annis? Mihi videtur distinctio significari in verbo, *scientibus*. Minor 25. annis Iudex recte datur non repugnantibus, scilicet, litigatoribus. At minor decem & octo annis, ut recte datus sit, eiusque sententia valeat, non satis est datum eum iudicem esse non repugnantibus, nec contradicentibus litigatoribus, sed oportet [9] accedat scientia, & consensus expressus eorum: Id est, debent litigatores scire eum esse minorem 18. annis, & in eum consentire: hoc casu rectissime dicitur ab Ulpiano valere sententiam. Hactenus de iudice dato loquimur.

VIII. Loquitur *d. L. quidam*. Etiam de minore magistratum gerente. In hoc ita ius est, ut eius iurisdictio omnino improbari non possit, valeatque ab eo prolata sententia. *d. L. quidam*, vers. *certe*, & vers. *proinde*. Qui versiculi ita inter se coniungi debent. Neque in hoc distinguimus utrum volentibus an invitis litigatoribus iudicet, vel utrum maior an minor sit decem & octo annis. *Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia eum gerere* [10] *decrevit*, inquit Ulpianus. Magistratus autem etiam maiores illos, puta, consulatum & præturam, admodum [11] adolescentibus posse & solere a principe mandari. hæc *L. quidam*, si cætera testimonia deessent, satis ostendit. Sed & a populo & a senatu non semel olim id factum esse Cicero *Philip*. 5. refert. Quod autem Duarenus idem probat ex *L. nemo. C. de religios.* ubi ita subscriptio est, *Honorio nobili puero & Evodio consulibus* coniectura labitur: nam nobiles vel nobilissimi pueri [12] vocabantur olim successores imperio destinati. Atque hæc de sententia *d. L. quidam*, & de iure civili nobis dicta sunto. Iure pontificio ætas illa 20. annis definita est, ut videre est in *cap. cum vicesimum, extra de offic. de leg.* quod neque mihi, neque Zasio placet. De cæco videamus.

IX. Et iudicis eum officio fungi posse, manifestum est ex *L. cæcus*, 6. *D. de iudiciis*, & *L.* 1. *§. casum*, *D. de postulando*. Sed hoc [13] Accursius & cæteri eum vulgo secuti interpretes sic acceperunt, quasi iudex dari ab initio cæcus non possit, sed si priusquam luminibus caperetur, iudex addictus sit, cæcitate postea iudicem esse non desinere. Sed hallucinantur. Verissimum enim est, indistincte cæcum officio iudicis fungi posse, ut *dd. LL.* loquuntur, sive initio cæcus fuerit, sive postea in eam calamitatem inciderit: immo etiam sive ita natus sit, sive casu aut morbo oculos amiserit. Et certe ratio vulgaris illius distinctionis nulla est, quid enim prohibet cæcum, quantumvis ita natum, ut literas nunquam didicerit, ea tamen prudentia esse, ut iudicare possit

9) Sed verius puto, si 18. annis minor, nullo modo admitti, ut P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Et ex *d. L.* 57. Scientiam litigatorum de ætate iudicis requiri, etsi 18. annis maior sit, quia alias certe error facti consensum excludit, si pro maiore habuerunt, qui minor fuit. Quare quod, in versic. *& æquissimum d. L.* 57. generalius dictum, id in sequentibus declaratur, ut in sententia magistratus omnimodo obtineat, quia ut is a superiore constituatur, consensus subditorum, quibus præficitur, necessarius non est. In sententia vero iudicis dati ita; modo illi quibus ex consensu, ut solebat, addicebatur, ætatis eius gnari fuerint.

10) Modo is ætatem sciverit. Quia promovendo inhabilem, ex certa scientia, princeps ad officium vel dignitatem, dispensare dicitur (ut vulgo, seu gratiam ætatis facere & LL. annariis solvere; ac defectum supplere, Menoch. 2. *Præs.* 20. Kuich. *de Sax. non prov. iure v. Electorum Cap.* 5. *n.* 56. Wes. *ad titul. Cod. Qui pro sua iurisdict. n.* 6. Aliter Zas. 2. *Intell. Singul.* 22.

11) Quanquam alias legibus annariis certæ ætates apud Romanos definitæ fuerint cuivis magistratui. Plin. *ad Traianum: Cautum est, Domine, ne quis capiat magistratum, neve sit in Senatu minor annorum triginta.* Hippol. a Coll. *in Consiliario* vid. Nicol. Gruch. *Lib.* 1. *de Comit. Rom. Cap.* 3. P. Gregor. 4. *de Rep.* 5. *n.* 34. Pollet. 5. *Histor. fori* 8. ibique Broidæ. *in Coroll. n.* 9. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Lips. *de Vet. magistr. Rom Cap.* 4. *& seqq.* singulatim persequens, qui anni cuique magistratui legitimi addantur de ætate senatoria, Zamosc. *Lib.* 1. *de Senatu p.* 27. *& seqq.* de Consulari, Fornet. 1. *Select.* 12. Nec verum omnino quod Macchiav. *Lib.* 1. *de Rep. Cap.* 60. vult evectos fuisse Romæ ad consulatum, & reliquos magistratus nulla ætatis aut generis ratione habita, sed unius virtutis respectu, etsi primis forte temporibus id largiendum, Lips. *d. Cap.* 4. Sane hodie, quando iurisdictio sæpe patrimonialis, quæ cum territorio obvenit, ad pupillum etiam pertinere potest, ut tamen ipse non ius dicat, sed per tutores & consiliarios, P. Greg. 47. *Synt.* 9. *n.* 26. Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua iur. n.* 7.

12) Vid. Alb. Gent. *Lect. Virg. C.* 9. ubi Principum Filios pueros vocatos probat, Horat. 2. *Odar.* 12. *&* 18. *&* 4. *Od.* 4. Ovid. 2. *de Ponto.* 8. Et nobilissimo puero in subscriptione *L. ult. C. de priv. eor. qui in sacro pal. mil. lib.* 12. *tit.* 29. legit Cuiac. *ibid.*

13) Et Bart *ad d. L.* 6. *h. t.* Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 2. *Q.* 6. *n.* 51. Rob. 3. *Sent.* 23. quia eadem, ait, ratio visum in iudice exigit. Multa enim cæcus probe excutere nequit, multum momenti habet inspectio vultus, & Bus. *ad L.* 12. *h. t. n.* 6. Sed nostro consentit Duar. 1. *Disp.* 28. *& de iudic. Cap. de iis qui ind. dari poss. f.* 156. quia etsi non possit album a nigro separare, æquum tamen ab iniquo secernere potest, & Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 22. A. Fab. *ad d. L.* 1. *§.* 5. *de post.* Diss. e diametro P. Greg. 47. *Synt* 10. *n.* 20 sentiens cæcum nunquam per se actu iudicare posse, cum multa oculis sint subiicienda fidelius, ut si de finibus regendis agatur, de comparatione literarum, aliisve quæ auribus non percipiuntur. Sed ad *d. L.* 6 nihil respondet. His vero & similibus casibus cæcum officio iudicis fungi non posse, alias non arceri, M. Steph. 1. *de Iurisdict.* 17. *n.* 24. Cæcum commissarium fieri non posse, statuit Rulant. *de Commiss. Lib.* 1. *C.* 20. *n.* 4.

fit & qnid æqnum, quidve iniqnum in quaque cauſſa fit videre? Cæcitas mentis non oculorum iudicium animi impedit, ut furor, quem Cicero eleganter *Lib.* 3. *Tuſc. quæſtion.* mentis ad omnia cæcitatem appellat. Quid, quod philoſophos quoſdam legimus ſeipſos luminibus privaſſe, quo rerum indagationi vacarent commodius, & adempto corporis viſu, aciem mentis quo vellent acrius intenderent. Affectibus quoque multis, perniciosis aſſeſſoribus cæcus caret, qui per oculos maxime inferuntur. Ut non abſurde ſapientiſſimus & ſanctiſſimus ille Areopagitarum iudicum conſenſus [14] noctu duntaxat, indicaviſſe dicatur.

X. Sed videndum eſt, quid huic ſententiæ quam defendimus, adverſetur. Et quatuor ea eſſe comperio. Primum ex *L.* 1. *§. ſecundo loco*, *D. de poſtuland.* Nam illic ſcriptum eſt in fine, cæcum utriſque luminibus orbatum retinere quidem iam cœptum magiſtratum poſſe: aſpirare autem ad novum penitus prohiberi, idque multis comprobari exemplis. Sed differentia eſt latiſſima inter magiſtratum & iudicem: ut ille ipſe §. in hac ipſa re demonſtrat: nam cæcum iudicis officio recte fungi, ſimpliciter & abſque hæſitatione ulla ſcribit eo loco Ulpianus. At de magiſtratu, deliberabimus, inquit, eamque diſtinctionem illam adhibet, quam modo dixi. Et ratio differentiæ illa eſt, & aperta, & magna, quod in magiſtratibus [15] dignitas quædam requiritur etiam corporis, & externorum ornamentorum ſplendor, multaque ab iis adminiſtrari debent, quæ ſine uſu oculorum nequeunt. *L.* 6. *D. de minorib. L. reſcripto*, *D. de munerib. & honorib.* Nihil tale in iudicibus datis, hominibus præſertim privatis, & privata diſceptantibus. Denique de iudice quin cæcus eo munere fungi poſſit, nulla lex, nulla veterum exempla prohibent: De magiſtratu in eam rem & exempla ſunt teſte Ulpiano in *d. L.* 1. *§. ſecundo loco*, & *D.* Auguſti olim conſtitutio teſte Dione. Secundum eſt ex *L.* 1. & toto titulo *C. de ſentent. ex peric. recitand.* cautum enim ibi eſt, iudicem debere ſententias ex ſcripto proferre, quod certe cæcus facere non poteſt. Reſpondeo ſiquidem maneret ille mos veterum iudiciorum: de quo Sigonius in *libris de iudiciis*, quo more iudicem ſententiam ferre ſolitum, ſed prætorem eam pronunciaſſe traditur, expedita res eſſet. Sed hodie certe contra eſt in eo iure, quod in libris noſtris extat: nam de qua re iudex iudicavit, de ea quoque pronunciare, & ſententiam ipſe proferre cogitur. *L. de qua re*, 74. *D. de iudic.* Dici tamen poteſt, ſi cæcus conſeſſorem habeat, per eum pronunciari ſententiam poſſe. Si etiam magiſtratus vel iudex ex illis illuſtrioribus ſit aliquis, ei remitti recitandæ ſententiæ neceſſitatem, & officio eius delegari poſſe. *L.* 3. *C. d. tit.* Sed & in cauſis brevibus atque humilibus, quales fere a iudicibus illis datis ac pedaneis diiudicantur, generaliter ea obſervatio repudiata eſt Iuſtiniani Novellis. *ibidem Auth. niſi.* Tertium nobis obiicitur de ſurdo & muto, quos iudices dari non poſſe, ſupra demonſtravimus. Sed facilis reſponſio eſt, quia oculis non iudicatur, aut cauſa cognoſcitur: Sed lingua certe & auribus in primis opus eſt ad recte iudicandum. Quartum & poſtremum, quod obiici poteſt, illud eſt, quod de teſtibus interrogandis ſcriptum eſt in *L.* 3. *§. ideoque*, & *§. idem Divus*, *D. de teſtib.* Et fatendum eſt incommodi aliquid ob eam rem in cæcitate eſſe, omninoque præſtare integros, ac viſu præditos ad iudicandum adhibere. Sed non ex eo tamen dicendum eſt iudicare cæcum non recte poſſe: præſertim cum teſtium examinatio delegari aliis, & poſſit & ſoleat, ut aſſeſſoribus quibus etiam omnia committi poſſunt, excepta litis conteſtatione, & ſententia definitiva. *Auth. ad hæc*, *C. de iudic.* Ut nunc taceam, multos eſſe caſus, in quibus etiam ſine ſcripto proferri ſententia poteſt, quos enumerat gloſſa in *Cap. final. extra de ſenten. & re iudic.* in verbo, *illuſtrium*, *Lib.* 6. Atque hæc de iis, qui quo minus iudices eſſe, aut dari poſſint, natura prohibentur.

XI. Sunt alii, qui legibus aut [16] moribus

14) Ne aſpicerent ipſos dicentes, ſed quæ dicerentur obſervarent, ut ex Luciano *in Hermotimo* Ioach. Steph. 2. *de Iuriſdict.* 8. *n.* 9. Matth. Steph. 1. *de iuriſdict.* 11. *in fin.* add. Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. *pag. mihi* 118. De religioſiſſimo Areopagitarum iudicio, pluribus Io. Steph. *d. C.* 8. Wilh. Poſſard. *de Magiſtr. Athen Cap.* 4. Etſi Pollet. *Lib.* 2. *Hiſt. fori C.* 153. *p.* 189. triſtem & rigidum Areopagum pluſquam Stoicum magis fungos aut ſaxa in ſubſelliis ſuis habere videri, quam homines ſcribat.

15) Ita & Hennequin. *in not. ad Accurſ. L.* 1. *de poſtul.* Tametſi Rob. 3. *Sent.* 23. ſplendorem ibi non ſignificare corporis habitum, ſed referri ad facultates & fortunas, ut ſe ſuoſque exhibere poſſit, ſicuti Horat. *Epiſtol.*

Iamdudum ſplendet focus & tibi munda ſupellex.

A. Fab. *ad d. L.* 1. *§.* 5. *tot. v. nunquid ergo d. §.* 5. Triboniano adſcribit, ſolenti, ſed inſolenti audacia.

16) P. Fab. *ad L.* 2. *de Reſ.* interpretatur iure gentium. Sed de iure non ſcripto accipit Govean. 1. *Var. Lect.* 6. *n.* 1.

bus itidem propter conditionem personæ prohibeantur, veluti [17] fœminæ & servi, item ii, quibus foro interdictum est, quique senatu [18] moti sunt. *L. 12. cum prætor*, §. 2. *D. de iudic. L. moris*, §. 1. *D. de pœn.* De senatu motis lege Iulia repetundarum primo sancitum fuit. Nam antea quidem iudices eos legi potuisse, certum est: cum animadversio illa censoria nullam rei iudicatæ authoritatem haberet, ac propterea non ignominiam damnato, sed ruborem tantum afferret, ut Cicero alicubi loquitur: Immo nec aditum quidem, ad honores etiam summos, [19] præcluderet, ipsamque adeo, a qua notati erant, censoriam potestatem, ut de C. Geta & aliis legimus. Hactenus nobis expositum est de iis, qui ob conditionem personæ iudices esse prohibentur in totum.

XII. Alii sunt, qui privatis quibusdam de causis in eam causam, qua de agitur, aut in id tempus quo agitur, incidentibus reiiciuntur, alioqui extra eas caussas, aut id tempus idonei iudices futuri. Tales in primis habentur, quos suspectos appellamus, item qui non sunt ex albo vel ordine iudicum, si quis forte talis ordo in Republica sit constitutus, ut apud Romanos olim, ut hodie multis in locis.

XIII. Huiusmodi iudicum ordinem duplicem animadvertere licet. Prior est allectorum, id est, destinatorum, quibus magistratus propter occupationes consueverunt causas delegare, institutus ab Imperatore Zenone in urbe Constantinopoli, renovatus deinde a Iustiniano *Novel. de iudicib.* 82. §. 1. & §. *seq.* Tales existimare possumus fuisse olim [20] centumviros, qui privatas lites disceptabant, in

17) Quia indecorum, mulieres caussas virorum cognoscere, & contra ordinem naturalem, quo viris subsunt. Inverecundum eas se consortiis virilibus immiscere. Periculosum item ob infirmitatem iudicii ac inconstantiam, cum affectibus nimia indulgeant. Iudicem vero expertem & constantem esse decet, a quo & avaritia, qua male audiunt fœminæ, abesse debet. Hæc fuse P. Greg. 47. *Synt.* 51. add. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I. & 3. Semestr.* 14. Suarzenthal. *ad L. nemo* 13. *Cod. de sent. & interl. n.* 35. *& seqq.* Explosa enim a Romanis Platonis sententia 7. *de Rep. cir. fin.* fœminas pariter cum viris ad gubernacula reipublicæ admittentis. Contrariis tamen moribus alicubi iudicant *Cap. dilecti extra de arb.* sicuti & abbatissa monialibus suis, & clericis subiectis ius dicit, ac contumaces coercet *Cap. dilecta* 10. *de maior. & obed.* cum consuetudo consuetudinem tollat, uti lex legem. Decian. 4. *Tr. crim.* 27. *n.* 2. Ac licet ubi iurisdictio plane hereditaria per consiliarios & curias iudicare eas velit, Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua n.* 11. alii tamen posse fœminam iurisdictionem ordinariam per se ipsam exercere. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 26. Et fuerunt gentes apud quas de summa reipublicæ consultæ ac iudiciis præfuerunt. Muret. *ad L.* 1. *de LL.* Nec desunt exempla fœminarum, quæ regia sceptra tenuerunt, uti nostra ætate, Elisabetha Angliam diuturno & felici imperio rexit. Cuiusmodi plura omnia fere ævi petere licet ex Tiraq. *de iure primigen. Q.* 10. P. Greg. 7. *de Rep.* 11. Vinc. Cabot. 1. *Disput.* 15. Danæ. 6. *Polit.* 3. *p.* 396. *& seq.* qui nec divinis, nec naturæ legibus id adversari contendunt, obnitente tamen, nec temere Bodino 6. *de Rep.* 5. *n.* 738. add. Auctor *Vindiciar. secund. libert. Gall.* Plane nihil quoque interesse, censet Aristot. 2. *Polit.* 9. fœminæ ipsæ ad gubernacula sedeant, an viri qui sedent, ex earum nutu pendeant, affectusque sibi dari & leges imponi sinant.

18) *L.* 2. *de Senatu*, ubi Baro. Nisi restitutus sit, vel tempus condemnationis elapsum *Leg.* 3. §. 1. *de decur.* Et nisi sine ignominia motus, veluti si minuendus numerus senatorum, P. Greg. 47. *Synt.* 10. *n.* 3. Quid si infamis ex alia caussa? Idem statuit Freher. 3. *de Infam.* 28. *n.* 6. *&* 7. quia, ait, iudicium honor est *L. ult. Cod. Quan. prov. non est. C. ut debitus de appel.* Ergo per *L.* 2. *C. de dign. C. infamib. de R. I. in* 6. Quin si iudicandi munere obtento deiiciuntur *L.* 12. *C. de dignit. C. insinuante* 25. *de off. Deleg.* magis adipisci vetantur. Obiiciendam autem hic volunt, exceptionem infamiæ; alias sententiam subsistere, Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 23. Freher. *d. C.* 28. *n.* 10. Quod si Princeps eum ex certa sententia dederit: non arceri, Zang. *d. lo.* Freher. *d. C.* 28. *n.* 9. Sed an ipse se excusare poterit? Quidam negant: ne turpitudo propria prosit. Alii Affirmant, arg. *L.* 2. *Cod. si serv. aut Lib. de decur.* Alii inter iudicem ordinarium, cuius iurisdictio dignitatem habet, & delegatum, cuius munus onus est, distinguunt. Et recte: licet non probet Zang. *d. C.* 1. *n.* 25. Arcentur item Iudæus *L. ult. in fi. pr. C. de Iuda. C. cum sit* 16. *C. eod.* Monach. *Process. P.* 2. *C.* 21. *in f.* Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua n.* 9. Hæreticus arg. *L. pen. Cod. de heret.* Wes. *d. lo.* Excommunicatus, cuius sententia ipso iure nulla *C. ad probandum* 10. *de re iud.* etsi alias esset ordinarius, Padilla *in L.* 1. *C. de lur. & fact. ig. n.* 52. adeo ut idem statuant, quandocunque hoc constiterit, etsi toto tempore iudicii pro tali non habitus, Freher. 3. *de Infam* 10. Quod durum videtur, & forte reprobandum, argum. *L.* 3. *de off. prat.* Accenset his P. Greg. 47. *Synt.* 10. *n.* 4. viles negociatores, aliosque, qui conditionis suæ humilitate, a dignitatibus arcentur. Sed vix puto iudicii dati munus dignitati adscribendum esse. Plane iuste idem *d. C.* 10. *n.* 8. insectatur eos, qui sordido lucro assueti mercantur officia, ex quibus iterum negocientur.

19) Cic. *pro Cluentio pag.* mihi 377. *& seq.* Quin C. Geta Senatu motus, Censor deinde ipse effectus. De sanctissima vero hac potestate, magistra pudoris & modestiæ, ut vocat Cicer. *in Pisonem* severissimoque morum magisterio, quod illi ipsi, qui eo fungebantur extimescebant, de quo cum exularet iam e Republica nihil aut parum Tribonianus nobis reliquit, ut inquit Cuiac. 24. *Obs.* 7. consulat cui lubet Trebell Pollion *in Valeriano*, ubi verbis Decii Imperatoris amplissima hæc potestas descripta, Ascon. *in Divinat. Cicer.* Lips. *de Magistr. vet. Rom. Cap.* 18. *& Tr. sing. de censura & censu.* Zamosc. *Lib.* 1 *de Senatu p.* 12. *& seqq. & pag.* 91. *& seqq.* Scip. Amirat. *Disser. polit. Lib.* 11. *Discursu* 2. Bodin. 3. *de Rep.* 3. *&* 6. *de Rep.* 1. P. Greg. 4. *de Rep.* 12. *&* 47. *Synt.* 16, Ræv. 4. *Var.* 13. Cuiac. *ad L.* 111. *de V. S.* Auctor *Catalex. de O. I.* falso adscriptæ Emerico Rosbach. *Lib.* 2. *Excurs.* 4.

20) Rev. *Protrib. Cap.* 20. Quatuor consiliis a decemviris hos conscribi solitos fuisse, & medium inter quatuor horum iudicum consilia sedisse Prætorem. Pollet. *Lib.* 1. *Hist. fori Cap.* 7. in quatuor consilia & consessus distributos fuisse, quibus totidem hastæ erectæ, & *Lib.* 3 *Cap.* 14. *p.* 392. Apud hos sub tecto concertabatur in Basilica, cum alia privata iudicia agitarentur in foro subdiali area, Pollet. 1. *Hist. fori* 2. Et quamvis olim 105. essent, ex singulis 35. tribubus terni lecti, expeditioris tamen appellationis gratia sic vocati, Fest. *Lib.* 2 Ac etsi numerus deinde auctus. Nam 180. fuisse post Augusti tempora arguitur ex Plin. *Lib.* 6. *Epist.* nomen tamen idem mansit, Pollet. *d. Cap.* 14. ibique Broidæ. *in Coroll.* Sibrand. Siccama *de Centumv. iudic. Lib.* 1. *Cap.* 8. Knich. *de sublimi. territ. iure C.* 4. *n.* 134. Ineptit autem Accurs. qui *in L. pen. C. de pet. her.* Centumviros exponit Senatores, notatus a Zas. *in L.* 2. §. *deinde* 29. *de O. I. n* 5. Coras. *ad Rub. D. de Senator. n.* 12. *& seqq.* Ad hos vero quoddam ventum fuisse probabile videtur, quoties iudicio privato non de facto, sed de iure, & æquitate certabatur. Neque enim certas tantum caussas disceptasse eos reor, nedum hereditarias solas, ut vult Vitell. *Annot. in Merulam Cap.* 21. sed generaliter ubi ius dubium, cum iudices alii vel recuperatores dari non potuerunt, vid. *supra C.* 21. *N.* 5. Nam Cic. 1. *de Orat. p. m.* 178. insigniores quasdam caussas recenset, tanquam in quibus sæpius ius ambiguum;

Subii-

quatuor consilia divisi, quibus omnibus prætor præsidebat: ut pluribus expositum est a Budæo in *Annotationibus in Pandectas ad L. ult. de senatorib.* Eodemque pertinebant illæ [21] decuriæ iudicum, quarum est apud Ciceronem, & alios crebra mentio. Alter ordo iudicum est, qui non ex numero ut superior, sed ex certo ordine civitatis constat: ut olim Romæ [22] senatorio, vel equestri, vel aliquando misti ex utroque. Nec ullam rem in Republica Romana magis fuisse iactatam arbitror, quam hæc allectio, atque descriptio iudicum, de qua loquimur. Argumento sunt tot leges iudiciariæ, & eæ quidem sæpe contrariæ, seque mutuo evertentes, ut Sempronia, Servilia, Livia, Plautia, Cornelia, Aurelia, Iulia, deni-

Subiicitque ista, *cæterarumque rerum innumerabilium*. Verba eius hæc: *Iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus, sæpe non de facto, sed de æquitate & iure certatur, iactare se in caussis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium iura versentur. &c.* Sicuti & Pollet. 3. *Histor. fori* 13. ex hoc loco Ciceronis iuris privati universam cognitionem penes Centumviros fuisse probat. Quamvis etenim Centumviralia iudicia publica statuere videatur Baro *Lib. Var. Q.Q. de iurisdict. f.* 19. (notatus eo nomine a Govean. *Lib.* 1. *de iurisdict. n.* 25.) Et Ræv. *Protrib. C.* 20. *p.* 937. si formam eorum attendas, magis ad publicorum quam privatorum iudiciorum forma inclinasse intelligi scribat. Quamvis item Siccama *Lib.* 1. *de Centumv. iudic. C.* 7. nec publici nec privati iudicii formam habuisse doceat: Eademque a privatis æque ac publicis fecernat Cuiac. 10. *Obs.* 20. Verius tamen puto hæc iudicia vere privata fuisse cum Don. hic, Govean. *d. n.* 25. Pollet. *d. C.* 13. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. iure civ. Cap.* 18. Nam locos quos Ræv. adducit ex Quintil. *Lib.* 5. *Cap.* 10. & Plin. *Lib.* 6. *Epist.* quibus a privatis iudiciis separantur, commode exponit Broidæ. *in Corall. ad Poll. d. C.* 13. *n.* 6. Ut privatum iudicium ibi non opponatur publico & capitali: sed domesticum aut familiare arbitri vel amicabilis compositoris significet. De his iudiciis pluribus Cuiac. 10. *Obs.* 20 Zas. & Muret. *ad L.* 2. *§. deinde* 29. *de O. I.* Cornel. Vitell. *Annot. in Georg. Merulam. Cap.* 21. *in Parte* 1. *Thesauri Critici Iani Gruteri*, P. Gregor. 4. *de Rep.* 5. *n.* 10. & 47. *Synt.* 24. Pollet. 2. *Histor. fori* 7. *Lib.* 2. *Cap.* 6. & *Lib.* 3. *C.* 13. & *seqq.* Ræv. *Protrib. Cap.* 16. & *seqq.* Ioach. Steph. 3. *de Iurisdict.* 4. & ex professo Sibrand. Tetard. Siccama *Libb. de Centumvir. iudic.*

21) Olim duæ decuriæ, cum tot essent iudicantium ordines, ac iudicia patriciis & equitibus adiudicata. Cic. *Verrina* 2. *p.* 139. Hic alteram decuriam senatoriam iudex obtinebit. Tertiam adiecit Antonius Consul post cædem Cæsaris, in quem acerbe invehit Cic. *Philip.* 5. *p.* 872. & *Philip.* 10. Idem *Philip in pr p.* 826. *Quid de ea lege, quæ promulgata est de tertia decuria iudicum*, &c. Postea Augustus quartam addixit ex inferiori censu, quæ ducenariorum, (id est qui 200. sestertia in censu haberent sive 5000. coronatos dimidium census equestris, Budæ. *Lib.* 3. *de Asse.* Cuiac. 21. *Obs* 31. *in fin.*) vocaretur, iudicaretque de levioribus summis. Suet. *in Aug. C.* 32. Quintam deinde addidit Caligula, Suet. *in Calig. C* 16. Sextam demum adiici a Galba precati iudices, sed nequicquam; idem in *Galba. C.* 14. Pollet. 3. *Hist. fori* 9. Corn. Vitell. *Annot. in Merulam C.* 21. Decuria vero dicta classis iudicum, non quæ decem solum caperet, sed decies centenos, Plin. *Lib.* 33. iudicum quoque, ait, non nisi quatuor decuriæ fuere primo, vixque millia singula in decuriis inventa sunt, nondum provinciis ad hoc munus admissis. Unde arguitur ætate Plinii plus quam millenos singulas continuisse. Ac album decuriarum (matriculam hodie usurpamus) in quo descripta erant per classes nomina iudicantium, Poll 3. *Hist. fori* 8. asservabatur in ærario, quod in æde Saturni erat, idem *d. Lib.* 3. *Cap.* 11. Cic. *Phil.* 5. *p.* 872. *Hos iudices legisset, horum nomina ad ærarium detulisset.* Cæterum non omnes decuriæ in continuo iudicandi officio erant. Nam & Augustus concessit, ut singulis per vices annua vocatio esset, Suet. *in. Aug. C.* 32. Ex omnibus vero decuriis, dempta ea, cui vacatio iudicandi tunc erat, cum lis iudicanda obveniret, factique potissimum controversia dirimenda, certus numerus adsumebatur, eorum nomina tabellis inscripta in urnam coniiciebantur; indeque Prætor iudices sortiebatur. Hique ita sortiti, si reiecti non essent, ubi alia subsortitio fiebat, iudicabant, vid. Tiraq. *de Iure primig. Q.* 17. *Opin.* 5. *n.* 54. & *seqq.* P. Greg. 47. *Synt.* 23. *n.* 6. & *seq* Petr. Nann. 9. *Misc.* 7. Phil. Broidæ. *in Suplem. ad Hist. fori Lib.* 5. *C.* 7. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Iure Civ. C.* 18. *p.* 234. & *seq.* Quanquam vero sortitionis huius præcipuus, & fortassis solus usus in iudiciis publicis, uti ex dictis auctoribus liquet; in privatis tamen quoque litibus iudices non ex promiscua plebe temere, sed ex iisdem iudicum decuriis sumptos, satis compertum est, frustra de hoc dubitante Broidæo *d. Lib.* 5. *C.* 6. *p.* 445. & in effectu negante Poll. 3. *Hist. fori* 8. & *seqq.* Quos locus Senecæ 3. *de Benef.* 7. *in f.* satis revincit. Quin & Sueton. *in Aug. C.* 32. diserte, quartam decuriam iudicasse de levioribus summis. Et manipulares iudices vocat Cic. *Phil.* 5. *p.* 827. ex Antonii sententia in tertiam decuriam ab eodem lectos, in qua iudicent, qui libere iudicare non audeant. Ac recuperatorum decurias vocat idem *Verr.* 3 *p.* 570. Sed nec ex iisdem decuriis Prætor omnino dabat, quos volebat, sed ut verba sunt Cic. *pro Cluentio. p. m.* 376. *Neminem voluerunt maiores nostri, non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima iudicem esse, nisi qui inter adversarios convenisset.* Hinc dicitur iudex ex consensu datus *L.* 23. *princ. de appell.* ex conventione addictus *L.* 80. *de iudic.* Et facit *L.* 47. *hoc tit.* Nam si nominatus ab actore reo non displiceret, dicebatur iudex inter eos convenire, Valer. *Lib.* 2. *Cap.* 3. illumque Prætor addicebat, Rævard *Protrib. Cap* 11. Broidæ. *in Suplem. Histor. fori.* Pollet. *Lib.* 5. *Cap.* 5. *p.* 443. Muret. *in tit. ad materiam iurisdict. pert. p.* 137. & *seq* Et iudicis addicti mentio *d. L.* 80. & *L.* 39. *L.* 46. *hoc tit. L.* 59. *§. ult. ad Treb. L.* 4. *in fin. de eo quod cer. loc.* pro quo male *aditus* reponit *in d. L.* 4. Curt. 2. *Coniect. ad Fr.* 9. Ex decuria itaque & albo iudicum litigatores eligebant, vel sumebant. Cicer. *pro Quintio, Fecit te iudicem C. Aquili, sumpsit.* De reo non de prætore loquitur. Cumque alteruter nominatim aliquem peteret iudicem, dicebat, adversariumque solemni formula rogabat: *Si alium procas, nive eum procas*, Fest. *Lib.* 14. Hic si reiiceret eierabat, vid. *C. seq. N* 10. Sin contentus eo esset, condicebat. Inde Prætor addicebat in litis verba iure composito, iudicioque constituto.

22) In ordinem Centum virorum primum temere ex tribubus, ut oblati forte per sortem essent, cooptatos, Decurias vero ex certis ordinibus & collegiis patritiorum aut equitum, aut confusis his cum illis constitisse, scribit Pollet. 3. *Hist. fori* 14. *p.* 291. Enim vero plures fuerunt leges iudiciariæ, nimiumque in hac re pro varietate temporum variatum fuit. Et primo quidem, iudicia nascente Roma patritiis a Quirino tributa, Halic. *Lib.* 1. in potestate Senatorum tota fuerunt, Polyb. *Lib* 6. Exque iis, qui morum integritate & severitate præstarent, deligebantur, usque ad tempora Caii Gracchi. Qui tum quod patribus infensus esset, tum ut equites sibi devinciret, lata Lege Sempronia effecit, ut equestri ordini iudicia traderentur. Indeque ut ex Varrone Non. refert, bicipitem civitatem fecit discordiarum civilium fontem. Gloriatusque est se penitus nervos Senatorii ordinis incidisse, ut App. ref. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Iur. civ. C.* 17. *p.* 237. Nam quod Plut. *in Gracch.* legem a Graccho latam prodidit ut 300. equites simul cum 300. senatoribus iudicarent, ex Velleio Paterc. Cic. Floro Ascon. & Tacito erroris arguitur a Manut. *Lib.* 6. *de Legibus*. Etsi vero postea Lex Servilia, auctore Q. Servilio Cæpione Cons. de communicandis inter patritios & equites iudiciis lata: ea tamen vel non accepta, vel certe longæva non fuit. Nam caussam Norbani paulo post latam legem, apud equites solos actam docet Crassus apud Cic. 2. *de Orat. Et animos*, ait, *equitum Romanorum, apud quos tunc caussa agebatur ad Q. Cæpionis odium, a quo erant ipsi propter iudicia abalienati, revocabam.* Et idem Cic. *Act.* 5. *in Verrem pag.* 81. equestrem ordinem iudicasse annos prope 50. continuos, a tempore scilicet Gracchi, usque ad Syllanam Legem. Tulit sane & M. Livius Drusius trib. pl. legem, ut æqua parte iudicia penes Senatum

denique Antonia a Marco Antonio lata, quam mire exagitat in 2. *Philip.* Cicero. Nobis nihil necesse est, de hac re pluribus exponere; tum quia sunt illa omnia multorum, & doctissimorum hominum literis illustrata, tum quia ad instituti, & operis huius rationem parum ea cognitio, aut potius nihil pertinet. De suspectis iudicibus paulo accuratius nobis dicendum est.

XIV. Suspectus is dicitur, qui timetur ne aliter iudicet, quam debet, aut legibus præscriptum est. Quod quidem vel imperitia accidere potest, vel animi corrupti vitio, quod proprie huc pertinet. Nam ut eleganter idem Cicero scribit, *quod est ius civile, quod neque inflecti gratia, neque infringi potentia, neque adulterari pecunia possit? Quod si non modo oppressum, sed etiam desertum, aut negligentius asservatum erit, nihil est, quod quisquam se habere certum, aut a patre accepturum, aut liberis relicturum arbitretur.* Iure itaque & merito receptum est, [23] ut suspectos iudices reiicere, & recusare liceat: idque ad iudices omnes pertinet. *L. apertissimi, C. de indic. C. requiris,* 2. in fin. *extra* de appellationib. *Quare neminem* (inquit idem in Cluentiana) *voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

XV. Cæterum quoniam pudor in ea re iudicis recusati, & nota quædam versatur, constitutum est, ut non quavis levi de causa, vel libidine potius litigatorum ea reiectio fiat. Ac iustas quidem & summas suspicionis caussas quatuor in iure nostro receptas esse animadverto. De quibus *seq. cap.* explicabo.

tum & equestrem ordinem essent, ut Flor. *in Epit. Liv. Lib.* Sed & hæc parum duravit, Liviis legibus omnibus, tanquam contra auspicia latis, eodem anno uno Senatusconsulto sublatis, Cic. 2. *de LL. p. m.* 443. Postea M. Plautius Silvanus Legem Plotiam tulit, ut singulæ tribus e corpore suo 15. qui per annum iudicarent, legerent, teste Ascon. *in Orat. pro Cornel. pag. mihi* 61. Ex quo factum, ut & senatores in eo numero essent, & quidam etiam ex ipsa plebe. Septennio post L. Sylla dictator Lege Syllana Senatores in possessionem iudiciorum integram restituit. Verum exacto decennio, Ascon. 2. *in Verr. pag. mihi* 22. L. Aurelius Cotta Prætor legem tulit ut Senatores, Equites, & Tribuni ærarii (hi autem ex plebe erant) iudicarent, Ascon. *in Divinat. Cic. pag. mihi* 3. *&* *in Corneliana p.* 55. *& in Pisoniana sub fin.* Sicque Marco Scauro reo postulato sententias tulerunt Senatores 22. equites 23. tribuni ærarii 25. Ascon. *in Orat. pro Scauro sub fin.* Inde Lex Pompeia, in 11. Consulatu Cn. Pompeii promulgata, ut amplissimo ex censu ex Centuriis (quæ inferiorum dicebantur, uti decuriæ honestorum, Ascon. *in* 3. *Verr. sub fin.*) aliter quam ante lecti iudices, æque tamen ex tribus ordinibus iudicarent, Ascon. *in Pisonian. Cic. sub fin.* Indeque effectum, tradit Dion. *Lib.* 40. *p.* 144. ut iudicia accuratius quam antea haberentur. Censum eum fuisse putat Cuiac. 10. *Obs.* 21. Senatorium, qui duplo maior censu equestri, Sueton. *in Aug. Cap.* 41. aut plusquam Senatorium, unde forte Nongentorum appellatio apud Plinium *Lib.* 3. Divisus hic ordo, inquit, erat superba appellatione nominum, cum alius se nongentum; alius selectum, alius tribunum appellaret. De hoc Plin. *in proæm. Lib.* 14. *Posteris laxitas mundi & rerum amplitudo damno fuit, postquam Senator censu legi cœptus, iudex fieri censu.* Seneca 3. *de Benef.* 7. *Non potest ad hæc sumi iudex ex turba selectorum, quem census in album & equestris hereditas misit.*

Denique Cæsar dictator iudicia ad duo genera iudicum redegit; Equestris ordinis, & Senatorii; Tribunos ærarii, quod erat tertium, sustulit, Sueton. *in Iulio C.* 41. Inde tunc duæ decuriæ iudicum, quibus deinde tertia, quarta, quinta adiectæ, ut *supra N. præced.* Plane Cuiac. 10. *Obs.* 31. leges, quæ omnem iudiciorum potestatem ad equestrem ordinem transtulerunt, ad extremum obtinuisse, scribit. Sed ei sine auctore temere fidem habendam non puto; Quin diversum mihi arguit locus Ulp. *Fragm. tit.* 1. §. 13. & alia. Ex certo itaque civium genere, & vel uno, vel duobus, vel tribus etiam ordinibus, Prætor in annum eum, quo præerat, decurias conscribebat, delectu & notatione habita, Cic. *Philip.* 5. & optimum quemque in selectos iudices referebat, ut Cic. *pro Cluentio.* Qui & inde selecti vocati, Senec. 3. *de Benef.* 7. Ovid. 1. *Amor. &* 2. *Trist.* Horat. 1. *Sat.* 4. Ræv. *Protrib. Cap.* 11. Non vero ab electione & conventione partium, ut Muset. *de Iurisdict. p.* 138. Hot. *in L.* 16. *Cod. de iudic.* quia imo sic nuncupati, antequam litigantibus addicerentur. De his fusius, Manut. *Lib. de LL.* Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Iure civ. C.* 18. Pollet. 3. *Hist. fori* 8. *& seqq.*

23) *Cap. quod suspecti ult. Cap.* 3. *Quæst.* 5. Res certe periculosa sub inimico & suspecto litigare, ut & exemplo Socratis apparet, iniuste ab inimicis capitalibus condemnati, Maynard. 1. *Decis.* 87. *n.* 3. Covar. *pract. QQ. Cap.* 26. *pr.* Knich. *de Sax. non provoc. iure* v. *Lit. provoc. nesc. Cap.* 2. *n.* 3. *& seqq.* Unde hæc materia favorabilis statuitur *Decis. noviss. Rota* 93. *P.* 1. An recusatio statim atque obiecta est, effectum suspensivum habeat, & num si post eam iudex processit, acta ab eo nulla sint, an vero appellatio hic necessaria, vid. Myns. 4. *Obs.* 59. Barth. Bertazol. *Lib.* 1. *Decis. civil. Cons.* 67. *n.* 20. *& seqq.* Knich. *d. Cap.* 2. *n.* 36. *& seqq.* Paurmeist. 1. *de Iurisdict. ultim. n.* 47.

C A P. X X V.

De caussis suspicionis propter quas iudex reiici potest.

Iustæ suspicionis caussæ quot sunt, & quæ. I.
Filium patri, aut patrem filio dari iudicem non posse, invito adversario. II.
Obviam itur contrariis, & exponitur L. in privatis 77. D. de iudic. III.
Ratio interpretationis; & propositæ definitionis latius explicata. IV.
Iudicem recusare nemini licet, nisi scripto comprehensa, & probata suspicionis caussa. V.
Suspicionis probationem remitti a Iustiniano in L. apertissimi 16. C. de iud. VI.
Sed tamen Iustinianea constitutio minime usu recepta. Et quid ita. VII.
Suspicionis caussæ in recusatione seu dati iudicis, sive magistratus necessariæ; & quo tempore allegandæ. VIII.

I. Iustæ caussæ suspicionis sunt [1] hæ fere: si agatur de re iudicis: si is inimicus, aut infensus nobis: si amicus adversario, si ab adversario ultro petitus sit. De re & causa iudicis illius constitutum est. Ne quis in [2] sua causa iudicet, vel ius sibi dicat. *L. unic. C. ne qui in sua causa iud. L. Iulianus*, 17. *D. de iudic.* Quæ res & causa propria cuiusque sit, traditur 3 in *L.* 1. §. *in propria*, *D. quand. appell. sit*, & a me est expositum pluribus in quæstione testium. Et hanc iustam causam afferri, quare ad aliquem iudicem quis mitti non debeat, si eum iudicem [4] inimicum sibi esse affirmet, scriptum est in *L. si pariter*, 9. *D. de lib. caus.* item in *C. secundo requiris* in fin. *extra de ap.* Etiam illud cautum est, *ne is iudex detur, quem altera pars nominatim petit. Id enim iniqui exempli esse, nisi hoc* [5] *specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittatur.* Sic enim verba sunt, *L. observandum, D. de iudic.* ut appareat, si quem iudicem pars altera nominatim petierit, iustam esse hanc eius reiiciendi causam. Et merito. Nam cum innumeri esse soleant in quavis præfectura, qui iudicis munus recte & fideliter obire possint: non temere est, quod hunc potius, quam cæteros, sibi quis in iudicem addici postulat. Non minus iusta causa est metuendi iudicis, si sit [6] amicus adversario. Quanquam de eo nihil aperte traditum legimus. Sed si ob hanc

1) Quadraginta refert Maranta *Specul. aur. P. 6. v. & quandoque appell. a num.* 27. *usque ad n.* 73 Quinquaginta, Lancellot. Ref. Vult. *ad L. 4. Cod de iurisdict. n.* 37 & Zang. *de Exc. P. 2. C 4. n.* 10. De quibus & Wes. *ad L. 16. C. h. t. n.* 9. P. Rebuff. *Tr. de Recusat. Art.* 9. *Gl. un.* Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 78 *& seqq* Menoch *Pract. iudic. P. 2. Cap.* 3 *Principalis Cap* 4 qui, quæ iusta sit, arbitrii iudicis facit, uti Menoch *Arb. Cas* 152

2) Vid. *supra C. 2. N.* 2. Plane si principaliter sibi ius dicat, nec si adversarius non opponat, aut recuset iudicem, procedere iudicium; secus vero si per indirectum, ac ut loquuntur, per latus alterius, scribit Wes. *ad tit. C. Ne quis in sua Cap. n.* 21. veluti si pro reo in ea caussa fideiussit, Ant. Hering. *de Fideiuss C.* 29. *d.* 9. *& seqq.* Huic affinis caussa est, si iudex similem litem fovent *C. caussam quæ* 18. *de iudic.* quia non creditur aliter iudicaturus, quam vellet in caussa sua, Zang. *d. C.* 4. *n.* 10. Marant. *d. lo n.* 46. P. Greg 49 *Synt.* 13. *n.* 4. ut tamen in specie conveniat, nec sufficit similitudo in genere, Monach *ad d. C.* 18 *n.* 8.

3) Hinc Bart. *ad L 5. D. hoc tit. n.* 1. iudicis cognitionem non esse, an sit competens, si inde illi commodum ob decimas vel sportulas. Alias vero ipse de eo cognoscit, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 1. *Obs.* 5. *n.* 2. Anton. Corset. *Singul.* 149. *n.* 2 Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis* 41. ubi *n.* 4. ex consuetudine posse, etsi ex eo commodum aliquod veniat.

4) *C. cum R.* 34. *de off. deleg.* Maynard. 1. *Decis.* 92. etsi non capitalis, Wes. *ad L. 16. C. h.* 2. *n.* 9. ac etsi culpa recusantis, Rebuff. *de Recusat. Artic.* 9. *Gl. un. n.* 11 *& seqq.* Quid si reconciliatus? Aliud statuit Rulant. *de Commiss. P. 1. Lib.* 1. *Cap. ult. n.* 13. & ne diffidentiæ materia oriatur, & lis recrudescat, & quod sibi imputare debeat, qui reconciliavit cui fidere non audet, dist. Zas. *in L. 16. C. h. t. n.* 12.

5) Alias, delegatum tum principis quoque recusari posse, volunt. Ac etsi cum clausula, *recusatione remota*, ex frivolis tantum suspicionibus non licere ex gravioribus, ita Gail. 1 *Obs.* 33. *n.* 4. *& seqq.* Myns. 3. *Obs.* 63. Zang. *d. Cap.* 4. *n.* 5. *&* 6. Monach *Pract. P. 2. Cap.* 2. *n.* 8 *& in Cap.* 18. *de iudic. C.* 2. *n.* 27. vel saltem alius ei adiungendus, Wes. *ad d. L.* 16. *n* 17. Quin sunt, qui, recusationem hanc nec a principe tolli posse, tentur, vid. Rulant *de Commiss. P. 1. Lib. 2. Cap.* 15. *n.* 1. Hipp. de Marsil. *Sing.* 292. Zas. *in L. 16. C. h. t. n.* 23. Rebuff. *de Recurs. in Præfat. n.* 11. *& seqq* Sed an, appellatione remota, prohibita quoque recusatio? Verior negantium, quia hæc diversa, diversosque habent effectus ac fines, Monach. *d. Cap.* 2 *n.* 10.

6) *Sive iure cognationis Cap. accedens* 4. *Ut lit. non contest.* quod quidam usque ad 10. gradum admittunt, quousque successio porrigitur, Trentacinq. 2. *Pract Resolut. T de Iudic. Res.* 5. *n.* 21. alii usque ad quartum gradum inclusive, ut Tolosæ servatur, Maynard. 1. *Decis.* 98. Sed in eo mores regionum sequendi, P. Greg 49. *Synt.* 3. *n.* 5. Nisi æquo gradu utrique coniunctus sit per *L. 67. §. 1. de ri. nupt.* P. Greg. *d. la.* Duar. *ad L. 10. de iurisdict.* Trentac. *d. Res.* 5. *n.* 18. Marant. *d. la. n.* 30. Wes. *ad L. 16. C. h. t. n.* 13. etiam spiritualis, vid. Maynard. 1. *Decis* 89. Zas. *in L. 16. C. h* 2. *n.* 17. contra Rebuff. *de Recus Art.* 9. *Gl. un. n.* 29 vel affinitatis *per C. absens* 18 *Caus.* 3. *Q.* 9. vid 9. Fr. Milanens. *Decis* 15. *Lib.* 1. sive citra eam, vide de magna amicitiæ vi Tiraq. *L.* 8. *Cod. de revoc. don. v. libertis n.* 96. *& seqq.* veluti ex beneficio accepto, Rebuff. *de Recus. Art. Gl.* ex communione officii, si collega adversarii, Maynard. 1. *Dec.* 82 *&* 85. aut familiari conversatione iureve hospitii, *idem* 1. *Decis.* 78. *C. insinuante* 25. *de off Deleg.* maxime si domesticus *L.* 10. *de iurisdict.* in verbis, *quos secum habet*, qui & *Decis.* 80. familiaritatem

hanc causam reiici potest testis, ut suspectus, *L. 3. D. de testib.* cur non possit & iudex? Generaliter dixerim, quæcunque sunt causæ reiiciendi testis ob suspicionem, easdem intelligi debere, & [7] reiiciendi iudicis; multoque etiam in iudice iustiores quam in teste videri debere, propterea, quod a iudice periculum maius & certius emineat, quam a teste propter iudicis de re controversa potestatem. Ac quibus de caussis testimonium ob suspicionem laboret, exposui suo loco diligentius.

II. Ergo quod de teste dicitur, patrem filio, aut filium patri testem idoneum non esse; quia suspectum sit utriusque pro altero testimonium propter naturalem parentum erga liberos, & liberorum erga parentes caritatem. *L. testis, D. de test.* multo iustius de iudice dixeris, neutrum alteri iudicem dari posse invito adversario. Ut enim in patre semper par sit caritas erga filium, sive index erit filio, sive testis: certe in iudice maior est facultas gratificandi filio, quam in teste propter potestatem. De iudice privato loquor. Nam illud non dubitatur, quin is, qui iurisdictioni præest, ius non possit dicere, neque sibi, neque uxori, neque liberis suis, itemque cæteris, quos secum habet, *L. qui iurisdictioni, D. de iurisd.* Quanquam vel hoc ipsum argumentum est, patrem filio iudicem pedaneum dari non posse. Cur enim potius vetetur magistratus in caussa filii iudex esse, quam privatus: cum in omni iudice eadem sit facultas, ut velit, iudicandi?

III. Non negat hoc Africanus eum ita definit in *L. in privatis, 77. D.* de iud. *In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest.* Qui enim dicit patrem habere posse filium iudicem, non continuo hoc dicere intelligitur, patrem sine exceptione filium iudicem habere posse. Nam si aliquando eum iudicem habere potest, si aliquo modo: Satis est, ut pater eum habere posse iudicem simpliciter & vere dicatur. Fatebor igitur, patrem posse habere iudicem filium: quia aliquo modo habere potest. Semper & sine exceptione eum habere posse non concedam; cum id verba Africani non necessario exprimant. Quomodo igitur & quando potest pater filium iudicem habere? Iam dixi, non posse invito adversario. Restat, ut habere possit: sed adversario consentiente, ut bene [8] Franciscus Duarenus id responsum acce-

tem eam, quæ lusu follorum, aleæve crebriori communione contracta, admisti: contra tamen faciunt quæ habet Knich. *Sax. non prov. iure v. Lit. provoc. nescium Cap 2. n.* 31. *&* *seqq.* aut patria communi, iuxta quosdam: sed hanc caussam, si sola, reiicit P. Greg. *d. C.* 3. *n.* 11. Forsan admitti tunc potest, si uterque longe a patria absit, paucosque ibi sympatriotas iudex habeat, aut officio in eadem lite præstito, ut si advocatus ante fuit *L. 6. pr. C. de Postul. L. ult. C. de Assess.* Facit *L. 17. D. de iurisd.* P. Greg. *d. C. 3. n.* 14. Si tamen in Senatorum ordinem allectus, quædam levia circa ordinem processus mandet in caussis, quam oravit antea, nulla ea non esse, vult Georg. de Chabedo *Decis.* 20. *P.* 1. Nam idem si Advocatus, vel Procurator adversarii, iudici sit familiaris *C. 1. de off. iud.* P. Greg. *d. C.* 3. *n.* 7. Knich. *d. lo.* Idem vero, si filius patronus caussæ in iisdem ædibus cum patre commorans, Maynard, *Lib.* 1. *Decis.* 91.

7) Et leviores etiam caussæ facilius reiiciunt iudices, quam testes, quia facilior aliorum iudicum copia, quam testium, Ioan. de Arnono *Singul.* 18. P. Greg. 47. *Synt.* 3. *n.* 4. Maynard, *Lib.* 1. *Decis.* 88. *n.* 3.

8) Quia, ait, ex consensu litigantium iudices addici soliti, vid. *C. prac. N.* 21. & idem ad *tit. D. de iurisdict. C. 6. n. 5. & de iudic. Cap. de iis qui iud. dari poss. f.* 155. *& ad tit. de rec. arb. f.* 140. P. Gregor. 49. *Synt.* 3. *n.* 8, quia volenti non fit iniuria. Hennequin. *in not. Accurs. in Rub. D. de iurisd.* Alii inter ius dicere *d. L.* 10. & iudicare *d. L.* 77. distinguunt, eo quod illius arbitrium liberum, Iudex vero formulæ adstrictus ex eius præscripto iudicet, Costal. Baro & Ant. Fab. *ad d. L.* 10. A. Guib. 1. *Q.* 9. *a.* 2. Bocer. *de iurisd. C.* 9 *n.* 8. Obtecht, *de iurisd. C.* 12. *n.* 10. *& seq.* Ioach. Steph. 3. *de iurisd.* 5. *n.* 9. Busius *ad d. L.* 10. *n.* 2. *&* 3. Vult. *ad §.* 1. *I. de act. n.* 48. (qui tamen strictius, quam cæteri *d. C.* 77. de strictis solum iudiciis accipit, cum in bonæ fidei iudiciis arbiter dicatur, quodque is non æque formulæ adstrictus sit) Govean *ad L. 1. de iurisd. n.* 1. Qui & *ad d. L.* 10. iudicare patrem posse, probat ex *L. 5. pr. de iniur.* quia cum Lex Cornelia de iniuriis in specie hoc prohibeat, in aliis caussis licebit, arg. *L. 16. de testib.* Quod tamen declarat *n.* 4. nisi recusetur, ut tunc in iudicio privato admittatur, non tamen in publico & criminali, ubi nec ius, nec humanitas ferat de capite, & fortunis filii ut iudex sedeat pater. Ius autem dicere indistincte non posse. Rationem reddit *n.* 12. quia in potestate ius dicentis, omnes fortunæ nostræ sitæ; is iudices dat quos vult, sententias exsequitur, de appellationibus cognoscit, ut periculosius sit hoc committere, quam illud. Convenit fere distinctio Bart. *in d. L.* 10. *n.* 1. Bal. *ibid n.* 1. inter ordinarium & delegatum, alia tamen ratione, tum quia hic fungitur vice delegantis, nec aliquid proprium habet, tum quia ille recusari non potest iure civili. Hic cum possit, sibi imputet, qui passus est apud eum caussam agi, & Wes. *in tit. C. ne quis in sua Cap. iud n.* 30. Bron. 1. *Ass.* 10. Duar. quoque *ad d. L.* 10. Ius dicere simpliciter vetitum censet, quia ratio recusandi magistratus non recepta. Sed ratio utraque dubia & suspecta per ea, quæ *infra Cap. seq. N.* 6 *& h. Cap. N.* 16. Prior vero aliorum de formula refellitur a Lycklama 5. *Membr.* 5. quia certe in notione facti, quæ iudici dato committitur, affectioni indulgere potest pater: Sicuti nec quis facile probabit eam, quam adfert Loriot. *Tr.* 3. *de Iur. Arte, qui est de consanguin. Ax.* 35. *& seqq.* quod ius dici non possit, nisi cum in possessionem mittitur: Sententia vero iudicis simplicis sit cognitionis. Alii inter iurisdictionem voluntariam & contentiosam distinguunt, Hot. *in Epit. 1. D. de iurisd. n.* 15. Goth. *ad d. L.* 77. Cuius distinctionis prior sane pars vera *L. 1. de off. prat.* ast posterior non æque *L.* 13. *§. ult. ad Se. Trebell.* ubi filius cogit patrem adire hereditatem, quod est iurisdictionis contentiosæ, cum iniungatur invito. Et alienum plane privata negocia *d. L.* 77. restringere ad actus voluntariæ iurisdictionis, nec ratio subiecta id patitur. Quid quod plerique iudicem, non nisi in contentiosa lite, agnoscant. Eodem prope recidit quod Coras. 4. *Misc.* 9. *& ad L. 1. de off. prat. n.* 5. privata negocia exponit, quæ ita propria patris & filii, ut alium non concernant, ut si filius emancipetur aut in adoptionem detur sic, inquit, in *L. 13. §. ult. ad Trebel.* cogitur adire pater, quia id nulli damnosum, licet fideicommissario possit esse utile. Alii *d. L.* 10. accipiunt, si liberi agant, & extraneum provocent; *d. L.* 77. si coram patre conveniantur, ref. Trent. 3. *Pract. Resol. de iudic. Res.* 5. *n.* 15. Matth. Steph. 1 *de iurisd.* 34. *n.* 12. Alii inter iudicium ordinarium, & extraordinarium distinguunt, Perren. 2. *in Anim.* 12. & fere Lycklama 5. *Membr.* 5. Denique Cuiac. 3. *ad Afric. in d. L.* 77. in publicis quidem caussis

accepisse mihi videtur *lib. 1. dispu. C. 51.* Atenim nihil distinguit Africanus. Ita est. Sed non dicit etiam patrem habere posse filium iudicem omnimodo. Ita quod deest verbis Africani, ex iure certo interpretandum, vel potius sumendum est.

IV. At etiam dicit quis, consentiente adversario nullam esse posse dubitationem, quin filius patri iudex esse possit, & contra: ut non sit credibile, Africanum de eo scribere voluisse. Responderi potest id, quod Duarenus sensisse videtur, non ideo consequens esse Africanum de eo casu non sensisse, quia nemo de eo dubitarit: quoniam & eadem quæstio de arbitro agitata sit a veteribus: quem tamen litigantium consensu eligi nemo unquam dubitavit. *L. 6. D. de recept.* Sed quæretur amplius, cur & de arbitro agitata sit. Est vero dubitationis caussa in promptu & quam hic subesse ratio *fragmento* seq. subiecta facile indicat. Propone, filium esse in potestate patris, non videtur aut hic iudex sedere posse in caussa patris, aut in eius caussa pater quantumvis adversarius iudicem non aspernetur. Nam cum utriusque una sit familia, quæ est patris: cum pater & filius eadem esse persona pene intelligantur. *L. ult. C. de imp. & aliis subst. §. ei vero, Inst. de inut. stipul.* quidquid filius pro patre, aut contra patrem, quidquid pater pro filio, aut contra dixerit, statuerit, necesse erit perinde haberi quasi pro se, familiave sua, aut contra se familiamve suam, dixisset, statuisset. Natura autem exigit, ut alius sit, qui iudicat, alius sit, qui litigat, qui damnatur, aut absolvitur sententia iudicis. Hæc etiam caussa peculiariter obstare videtur filio, ne iudex sedeat in causa patris. Quod si erit iudex, & contra patrem aliquid statuendum sit pro adversario, necessitate muneris adducetur ut iubeat, aut vetet aliquid patri. Quod non videtur pati naturæ ratio: cum sit potius patris imperare quidvis filio, huius autem parere patri. Quæ eædem dubitandi causæ & tunc occurrunt, cum quæritur, an filiusfamilias magistratus esse possit: an in magistratu pro potestate aliquid in patrem statuere. *L. ille a quo,* in fin. *D. ad Trebell.* Africanus statuit nihil istorum obstare, quominus pater quemlibet filium, aut quivis filius patrem iudicem habeat. Quæ supra contra habebantur, dirimuntur omnia ea oratione, quæ ex Paulo subiicitur in *fragmento* seq. *Quippe,* inquit Paulus, *iudicare munus publicum est.* Eo significatur, in caussis privatis vere illa dici, nihil filium pro patre, aut contra patrem: nihil patrem pro filio, aut contra filium, aut tanquam pro alio, aut contra alium statuere posse: filium autem aliquid patri imperare posse multo minus. Enimvero iudicare munus publicum est. Quod ad ius publicum attinet, filius non sequitur ius potestatis, & quod idem valet: In caussis publicis filiusfamilias quidvis recte gerit, ut alius quivis paterfamilias. *L. 9. filiusfam. D. de iis, qui sunt sui, vel al. iur. L. nam quod* in princ. *D. ad Trebell.* Quo dicto veteres intelligi voluerunt, ea quæ sunt publica, ut magistratum, ut iudicium, omnia filiumfamilias exercere posse, etiam adversus patrem, nedum adversus extraneos. *d. L. 14. nam quod.* Quæ res facit, ut multo citius eadem patri liceant adversus filium: & quoniam filius iudex potest dari, in caussa patris, consequens est, ut possit & in caussa patris arbiter eligi: quo argumento Caius utitur in *L. 6. D. de recep.* Quæ cum ratio hic reddita sit, vel hinc apparet non illud quæri, an filius patri iudex esse possit invito adversario; sed an possit esse ullo modo, etiam adversario consentiente: quasi ipsa personæ conditio per se refragetur. Manebit igitur illud, quod dixi, invito adversario patrem filio, vel filium patri, ut testem sic iudicem idoneum non esse.

V. Ex his caussis cum dicimus, iudicem recusari posse: perspicuum est hoc dicere, sine iusta caussa, & ea approbata frustra iudicem suspectum recusari. Quorsum

caussis nec posse, nec debere, de capite filii iudicare &c. In quo Goveano accedit; In privatis vero distinguunt inter iuris necessitatem & honestatem, quod possit quidem, & non prohibeatur *d. L.* 77. non debeat tamen hoc facere *d. L.* 10. propter suspiciones & alia incommoda, ideoque rectius facere, si se abstinuerit, & probant Pac. 1. Q. 58. P. Fab. *ad L.* 144. *de R. I. p.* 593. *& seqq.* Phil. Matth. *ibid. n.* 9. nec alienus videtur A. Gentil. 2. *Lect.* 14. Habes iam, Lector, de hac antinomia 30. auctorum, quos omnes adii, sententias, si Donellum nostrum connumeres. A quo nec hic recedo, ac in ius dicente quoque idem, cum eodem, contra Duarenum & alios, quos retuli statuo, tum quod utrobique consensus adversarii suspicionis periculum tollat, tum quod ratio *L.* 78. *hoc tit.* communia, Quæ ipsa tamen non aliud infert, quam iudicare posse volente adversario. Nec est quod Coras. 4. *Misc.* 9. *n.* 3. obstrepat generalem regulam *d. L.* 78. non constringendam esse ad hunc casum rariorem. Immo non firma esset consecutio. Iudicare munus publicum. Ergo pater etiam invito adversario, sed ita: Ergo *potest & debet* eo volente: Fictionem enim unionis cessare faciunt munera publica, in quibus ut Taurus apud Agell. 2. *Noct.* 7. iura parentum interquiescunt, & connivent. Suspicionem autem affectionis cessare non faciunt, imo nec ullo iure contra caveri potest *L.* 10. *de R. I.* Dixi & *debet;* contra Cuiacium & asseclas. Adversario enim consentiente nec si velit, patrem filiumve cognitionem detrectare posse, sentio. Idque eadem ratio efficit. Quibus enim casibus iudicare potest, iisdem invitus cogitur *L.* 18. §. 14. *de muner. L. ult. C. eod. C,* 11. *de probat.*

fum enim tot cauffæ a veteribus propofitæ, propter quas videatur iudex fufpectus, fi fine ulla cauffa licet iudicem reiicere. Et tametfi nihil amplius diceretur, quam iudicem fufpectum recufari poffe: tamen hoc ipfo iuftam cauffam fufpicionis a recufante exigeremus. Ut enim prædo, qui interrogatus, cur poffideat, nullam cauffam poffeffionis affert, ne refpondere quidem videtur. *L. qui interrogatus*, & *L. feq. D. de pet. hæred.* fic videtur, qui iudicem dicit fufpectum, nec cauffam affert, cur fit fufpectus, nihil dicere. Cauffam igitur recufationis dicere oportet. Et quoniam cauffa dicenda eft: etiam eam oportet probari; ut accidit in omnibus & peremptoriis & dilatoriis exceptionibus. *L. in exceptionibus, D. de probation.* Quod fi fine probatione cauffæ licebit iudicem recufare: nullus omnino idoneus futurus eft iudex. Statim enim a reo audiet, tu mihi es fufpectus. Quinimo licebit pro arbitrio reiicere, etiam fi non dixero eum fufpectum. Quid enim intereft, utrum non dicam fufpectum, an dicam, & non probem? & eft hæc quidem fententia atque hoc ius confirmatum nominatim a Pontificibus Romanis in *C. 41. fecunda requiris, §. ult. C. 61. cum fpeciali, extra de appellat.* & *C. 39. fufpicionis, extra de offic. & poteft. iud. dele.* Quo iure recepto, quia neceffe fuit quæri, quis eius litis de cauffis fufpicionis iudex, quis ordo & exitus futurus effet: ideo illi & de his rebus fuprafcriptis in locis diligenter caverunt ad hanc fententiam. Si quis iudicem fufpectum dicat, fufpicionis cauffam apud eum dicere debere, & 9 fcripto complecti. *C. quoniam, extra de probat. L. apertiffimi. C. de iud.* ipfum iudicem de caufa fufpicionis non cogniturum: fed paries coacturum, ut arbitros eligant, qui de cauffa cognofcant. Cauffa his probata, iudicem eo loco futurum, quafi nec datus effet; non probata autem intra tempus ab arbitris conftitutum, iudicem recte datum videri, eumque partibus fuis functurum. Quæ omnia ex ipfis locis melius cognofcentur. Et funt hæc 10 iuri civili veteri non confentanea modo, fed etiam confequentia: fi quis hoc pofuerit, neminem fine iufta cauffa, ut fufpectum recufari poffe.

VI. Sed videamus ne hanc neceffitatem cauffas fufpicionis allegandi, ideoque omnem hanc de cauffis iuftis fufpicionis, deque earum difceptatione quæftionem fuftulerit Iuftinianus ea conftitutione, cuius initium eft, *apertiffimi, C. de iudic.* Sic quidem interpretes noftri magno confenfu eam legem acceperunt, quafi ea lege poteftatem faciat, iudicem pro arbitrio recufandi, utcunque quis exiftimaverit, eum fufpectum, neque exigat, ut 11 fufpicionis cauffam reus vel afferat, vel probet. Quibus cum ego fentio. Idque mihi pene diferte ipfa conftitutione exprimi videtur. Mitto illa verba conftitutionis, quibus poteftatem facit iudicis recufandi ei, qui iudicem fufpectum putat. Ex quibus colligi poteft, fatis effe recufanti ita dicere: Ego te fufpectum puto, eoque nec neceffe effe quidquam probare de caufa fufpicionis. Nemo enim probare cogitur fe metuere, quod fe metuere affirmat in ea re, in qua multa effe poffunt, quæ quis metuat. *L. quia poterat*, in fin. *D. ad Trebell.* Quo maxime argumento nituntur vulgo. Sed hoc mitto, ut dixi fortaffe enim fit levius; cum id, quod huic definitioni deeft, potuerit & debuerit fuppleri ex iure antiquo, ut fateamur, fcilicet licere ei, qui fufpectum iudicem putat, eum recufare; quod & antea licebat, fed licere hactenus, dum cauffam afferat, & probet. Nam & ita ius erat antea: quod quia conftitutio non tollit, cur non intelligatur manere? Movet me potiffimum ea pars conftitutionis, qua parte Iuftinianus neceffitatem imponit partibus, iudice recufato arbitros eligendi, apud quos negotium agatur, fic quafi ipfi a principe aut magiftratu dati effent. Si neceffe effet cuiquam cauffam fufpicionis probare; aut apud arbitros electos oporteret probari, aut apud iudicem 12 recufatum, aut apud aliquem alium.

9) Nec ore fieri poteft, Gail. 1. *Obf.* 33. *n.* 13. Zang. *de Exc. P.* 2. 4. *n.* 9. Maynard. *Lib.* 1. *Decif.* 88. Rulant. *de Commiffar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 15. *n.* 8. ita in Camera fervari teftans. Quid eo libello exprimendum? Wef. *ad d. L.* 16. *n.* 21.

10) Sed verius puto, cum olim non nifi ex confenfu iudex addictus fuerit, vid. *Cap. præced. N.* 21. recufationem utrique liberam fuiffe. Sufficiebat enim fimplex ieratio his verbis: *Eiero, iniquus eft*, Cic. 2. *de Orat. p.* 241. *& Philip.* 12. *pag.* 921. nullo alio allato fufpicionis argumento, Cuiac. 9. *Obf.* 13. Maynard. *Lib.* 1. *Decif.* 87. *n.* 2. Plin. *in Panegyr. Sors & urna iudicem affignat, licet reiicere, licet exclamare. Hunc nolo*: Afcon. *in Verr.* 2. *p. m.* 16. Permitti accufatori ac reo, ut ex numero mifforum in urnam reiiciant, quos putaverint fibi aut inimicos, aut ex aliqua re incommodos fore. Etfi vero Cuiac. *d. lo.* velit ex *d. L.* 9 *de lib. cau. & L. ult. C. h. t.* cauffam declarandam ac plerumque comprobandam effe, qui tamen ex illis hoc eliciatur non video. Immo in *d. L.* 9. *in fin. pr.* dicitur fi inimicum fibi effe affirmet. Nec Iuftin. *in d. L.* 16. præ fe fert, ut folet, quod ius novum in hoc inducat, &c.

11) Quod fufficiat allegatio fufpicionis in genere, nec cauffa fpecialis libello inferenda, vel probanda, modo iuramentum præftet, quod calumniofe non recufet, Gail. 1. *Obf.* 33. *n.* 14. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decif.* 45.

12) Etfi enim iudex de incompetentia ipfe cognofcat: non tamen de recufatione, quia illius cauffæ propriam & privatam iudicis perfonam refpiciunt, Gœd. *de Sequeftr.* C. 1. *n.* 13.

alium. Arbitros in eam rem eligi vult Iustinianus, non ut de caussis suspicionis, sed ut de caussa principali cognoscant. Apud iudicem, aut ullos alios, frustra de caussis suspecti quaeritur, si eliguntur alii, apud quos res agatur, & finem accipiat. Eliguntur vero arbitri in eam rem, vel statim, vel ad summum triduum, ut iubet *L. ult. C. de iud.* intra quod tempus caussa suspecti agi non potest. Apparet igitur non exigere Iustinianum, ut caussa suspicionis ulla afferatur, aut quod tantundem valet, non requirere eius probationem, unamque eius hanc mentem esse, ne quisquam qui sibi a iudice dato metuet, invitus apud eum cogatur litigare.

VII. Cur laboramus ergo & omissa superiore disputatione de suspicionis caussis, non recta id sequimur, quod Iustiniani constitutio praescribit? Quia ut Bartolus testatur in *d. L. apertissimi*, & Pontificum epistolae facile arguunt, usus eam constitutionem [13] non probavit. Et ut liceat verum, quod videtur dicere, cur non probet, magna caussa est. Cum enim non liceat iudicem recusare, nisi suspectum: absurdum est, & contra iudiciorum morem, quenquam in iudicio id affirmantem audiri, nisi probet. in *d. L. in exceptionibus, D. de probat.* Alioqui licebit cuivis mentiri impune. Absurdum est etiam, esse in potestate litigatoris privati iudicem improbare, quem velit: eos habere, quos velit: Iniquum & illud & contra ipsam constitutionem Iustiniani, iudicem removeri & nullum alium eligi. *L. ult. C. de iudic.* Non video autem quomodo dissentientibus litigatoribus haec electio possit explicari. Quid enim, si reus eligat eum, qui sit suspectus actori, actor eum eligat, qui sit suspectus reo. Neuter erit arbiter sine dubio. Nam ut nihil dicatur aliud, observandum est, ne is detur, quem altera pars petit. *L. observandum, D. de iud.* Magistratus alium iudicem dabit, inquies: Huius est enim, electionis istius caussam dirimere. *d. L. ult.* versic. *electione*. Quid si & hic, qui dabitur, erit suspectus? Res abibit in infinitum, videlicet neque exitum reperiet. Sed cogentur litigatores consentire. Hoc enim constitutio exigit. At hoc quaeritur, in quem, aut in quos consentire cogantur: Quid enim, an electum ultro & petitum ab adversario admittere necesse habebit, qui nec petitum, & datum a magistratu, aut a principe, non est coactus admittere? Deinde quis coget? tribuit constitutio has partes exsecutori, idest, iudici dato, qui recusatus est. *d. L. ult.* vers. *ult.* At hic cum sit privatus, neque multam dicere potest, neque pignora in eam rem capere. *L. 2. §. ult. de iudic.* Coget exsecutio procuratoris per ordinarium iudicem. Sic enim loquitur constitutio, idest, per magistratum, qui iudicem recusatum dederat. Sed melius erat illum magistratum adiri recta, & eum pro imperio seu iurisdictione agentem ultro eum iudicem dare, quem litigatores recusare, sine iusta caussa non possent. Quod cum ita sit, non erit abs re, si iudicis dandi potestatem (quando haec iurisdictionis est) ipsi magistratui non privatis permittentes in iure civili vetere, & in pontificio, & in eo, quod usu probatum est potius, acquiescamus: iudicem datum, ut non liceat privato cuiquam reiicere aliter, quam si iusta caussa esse videbitur, cur illum metuere debeamus.

VIII. Quod & nos fecimus, de caussis suspicionis prius diximus. Quae ut non sint ante litem contestatam in iudice dato recusando necessariae, at certe constituto iam iudicio & potestate iudicis confirmata, itemque in magistratu reiiciendo necessariae sint: si quis modo putaverit, & iudicem datum post litem contestatam, & magistratum etiam ante reiici posse. Sunt vero superiores caussae eiusmodi, propter quas non solum ante litem contestatam iudex datus possit recusari, sed etiam post litem contestatam, siquidem & post litem contestatam [14] inciderint. Finge, iudicis rem esse coepisse, haeredem puta ab altero ex litigatoribus esse constitutum. Iusta est caussa, cur recusetur, & alius sumatur. *L. Iulianus, 17. D. de iud.* Nam quod in *L. apertissimi, C. eod.* dicitur, post

n. 23. Wes. *ad L. 16. C. de iudic. n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 34. *n.* 6. Wurms. *Tit.* 1. *Obs.* 5. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *C.* 15. *n.* 3.

13) Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 26. (ubi tamen si de consuetudine non liqueat, in furo saeculari ius civile attendi debere) Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 88. P. Rebuff. *Tr. de Recus. Art.* 1. *Gl.* 4. Nec improbandae constitutiones, poenas proponentes temere recusantibus, nec caussas probantibus, P. Greg. 49. *Synt.* 3. *n.* 21. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *Cap.* 25. *n.* 8 Et iure Canonico arbitri de sola caussa suspicionis cognoscunt, Gail. *d. loc.* Sed & arbitrorum electio ab usu recessit, & de his caussis delegans, vel superior, ad quem appellatio devolvitur, cognoscit, Knich. *de Sax. non provoc. Iure v. Lit. provoc. nescium C.* 2. *n.* 14. *& seqq.*

14) *Cap. pastoralis* 3. *de except. Cap. insinuante* 25. *de off. deleg.* Idem est, si caussam suspicionis a principio ignoravit *d. C.* 4. *de exc.* Facit *L.* 32. §. 4. *de rec. arb.* Vult. *ad L.* 4. *C. de iurisdict. n.* 36. Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 3. Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 11. Qua de re fides iuramento fieri potest *d. Cap.* 4. Covar. 4. *Pract. Q.* 26. *n.* 2. Myns. 4. *Obs.* 59. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de persona iudicis Cap.* 3. *n.* 2. Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 95. Et tunc potest etiam opponi post conclusionem in caussa, Maranta *P.* 6. *v. & quandoque appell. n.* 74. Covar. *d. n.* 2.

post litem contestatam iudicem recusari non posse, de eo iudice dictum est, qui [15] potuit & ante litem contestatam recusari. Quod illa verba satis significant: *liceat ei, qui suspectum iudicem putat, antequam lis inchoetur, eum recusare*. Subiicitur enim, cum statuerimus post litem contestatam recusari non posse. Nec vero tantum iudex datus (de quo genere solum loquitur *d. L. apertissimi.*) sed etiam [16] magistratus ipse, & quem ea constitutio vocat ordinarium iudicem, ob easdem caussas reiici potest. Quid enim sibi vult, quod traditur, eum, qui iurisdictioni præest, non debere, neque uxori, neque liberis, neque libertis, vel cæteris, quos secum habet, ius dicere? *L. qui iurisdictioni, D. de iurisdict.* Nempe invito adversario non posse his ius dicere: itaque ne dicat, recusari posse. Nam in consentiente non dubium est, quin sit [17] iurisdictio. *L. 1. D. de iud.* Tum autem cur iudicem delegatum liceat recusare propter suspicionem; ordinarium propter easdem caussas suspicionis non liceat? An minus periculosum est ordinarii iudicis suspecti iudicium. Quæ & ipsa sententia confirmata est iure pontificio, in *C. cum speciali, extra de appellat.* Nam cum in eo ita scriptum sit: suspectum iudicem recte recusatum alium iudicem daturum, aut rem ad superiorem transmissurum: apparet, de iudice ordinario quæstionem esse propositam. Nam iudex datus alium iudicem dare non potest. *L. a iudice, 5. C. de iudic.* Nec cum ille iudex esse desiit, res redit ad alium quam ad eum magistratum, qui iudicem dederat. *arg. L. a divo, D. de re iudic. L. 1. D. quis a quo appell.* Videtur tamen refragari Iustiniani constitutio *Novel. 86. Ut differentes iudices*, cuius sententia expressa est in *auth. si vero, C. de iudic.* Sic enim ille cavit, ut si recusetur ordinarius iudex, adhibeatur sanctissimus eius loci Episcopus. Nempe ut interim ipse præses iudex maneat. *Et* (*) *dentur quidem nobis hodie episcopi in urbibus: & den-*

15) Recte. Tunc in limine quæstionis, ut Cuiac. 9. *Obs.* 23. opponenda, quia litem contestando, in iudicem consensum & caussis recusationum renunciatum est *Cap. inter 20. de re iud.* P. Greg. 49. *Synt.* 3. *n.* 20. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 2. Myns. 4. *Obs.* 59. Monach. *in C.* 18. *de iudic. C.* 3. *n.* 33. Covar. *d. Quæst.* 26. *n.* 2. Rebuff. *Tr. de Recusat. Gl.* 2. *n.* 1. Maranta *d. lo. n.* 26. Et iudicem, coram quo cautio, iudicio sisti præstita, recusari non posse, notat Amanell. *de Claris aquil Singul.* 201. Si tamen minor hac recusatione omissa litem contestatus ulterius processit, poterit in integrum restitui, Maric. *de Restit. in int. Cap.* 253. ac ita servari testis est, etsi plures contra rationes proferat, Covar. *d. Q.* 26. *n.* 4.

16) Hac de re lis vetus inter Bulgarum, qui negavit, & Martinum, qui affirmavit (1) per *L. 4. C. de iudic.* arg. a contrario. Non potest lite contestata. Ergo ante potest (2) per *L. 9. in f. pr. de lib. ca.* ubi recusatio admittitur in caussa status, quam delegari non posse, plerique sentiunt. Quanquam vero crebrior sit opinio eorum, qui iure quidem Canonico recusari simpliciter posse, iure vero civili Episcopum (addunt quidam, aut alium virum bonum) adiungendum esse cum quo cognoscat, Covar. *Pract. Q.* 26. *n.* 1. Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 1. Duar. *de Iudic. Cap. de iis qui iud. dari poss. f.* 155. *& de Iurisdict. C.* 6. *n.* 5. *& ad L.* 10. *D. eod.* quia turpe visum fuerit recusari magistratum populo probatum. Maranta *P.* 4. *Dist. iudic.* 5. *n.* 41. Vult. *ad L. 4. de iurisdict. n.* 38. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 4. Monach. *in C.* 18. *de iudic. Cap.* 2. Bron. 1. *Ass.* 66. Paul. Bus. 3. *Subsid.* 18. Amplius Wesenb. *ad L.* 16. *Cod. hoc tit. n.* 18. ne quidem iure Pontificio removeri admittit, sed æque alium adiungi, quia id sic accipiendum sit, ut minimum lædat ius commune. Quem aperte refellit *Cap. 4. de foro comp.* Nec hic tamen nostrum desero, cum quo Matth. Mathesilan. *in Auth. & consequenter Cod. de Sent. & interl. n.* 7. *&* 8. Zas. *in d. L.* 16. *n.* 9. Cuiac. 9. *Obs.* 23. *in fin.* Arumæ. *Disput. Pand.* 7. *Th.* 10. qui optime resp. *ad d. Nov.* 86. *C.* 2. consilium ibi dari litiganti, ut si a patria recedere ipsi incommodum sit, petat potius adiungi alium iudici suspecto, quam ut omnino recuset. Ergo per *L. pen. Cod. de pact. & simil.* item *per L.* 25. *D. d. L.* 6. *C. de LL.* Nam & *Nov.* 53. *C.* 3. §. 2. licentiam tribuit vel repudiandi iudicem ordinarium, vel ut alius ei *συνδικαστὴς* adiungatur petendi, vid. Cuiac. *in d. Nov.* 53. *pag. mihi* 189. Utut sit, dispositio iuris Canonici usu recepta dicitur. Et *d. Auth. si vero* in desuetudinem abiit, P. Greg. 49. *Synt.* 3. *n.* 22. ubi *n.* 24. *& seqq.* Universitatem quoque, & collegium recusari posse, tradit, & totam Synodum per *Cap. quod suspecti nimis. Cap.* 3. *Q.* 5. de quo & Boer. *Decis.* 269. Senatum vero ita recte recusari, si omnes aut maior pars suspecti, aut præses, aliusve maioris auctoritatis, cui cæteri vix ausint obloqui, docent, receptumque, scribunt Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 8. Ioan. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 3. *& in C. cum caussam* 18. *de iudic. Cap.* 2. *n.* 24. Diff. Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 2. 3. ubi & Senatores curiæ supremæ Spirensis frustra recusatos, tradit. Consiliarii Principis, ut recusari possint, Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 64.

17) Recte; etsi contra Goveanus & alii, ut *supra h. C. N.* 8. Probaturque apertissime *L. 13. §. ult. ad Trebel.* Unde apparet, errare eos, qui patrem filio, vel in eum ius adeo dicere non posse, quod hic illi dignitate æqualis sit. Seiungenda enim dignitas conditionis a dignitate officii, uti & dignitas divisa est a potestate. Neque insolens aut absurdum eum, qui, non dico, par dignitate conditionis, sed immo longe honoratior, subiici quandoque magistratui personæ conditione ignobiliori. Sicuti ex. gr. Comites & Barones dum in Academiis studiorum gratia versantur, &c. Et itaque si pater magistratus, filius privatus, hic illi æqualis non est, cum & filiusfamilias magistratus maior sit patre privato *d. L. 13. §. ult. L. 1. de off. præt.* iunct. *L. 14. de manum.* Unde haud abs re quis ambigat, iurine consonum sit, quod prodiderunt nobilem, cui iurisdictio propria alicuius villæ, illam tamen non habere, vel exercere posse in filios suos, ut Modest. Pist. *Q.* 169. Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 1. *n.* 73. *& seqq.* Pac. Schulth. *Pract. Q.* 3. *n.* 33.

(*) Aptissima erat huic, quæ & superiori loco huius *Cap. n.* 7. data fuit ab eodem Donello responsio: hanc Iustiniani Novellam nostrorum temporum usu non recipi. Sed ille Calvini errore & nimio partium studio abreptus furia exponendi Cancellos egreditur: & arrepta occasione, declamatorio more invehitur in Episcopos. Sed declamatore nihil opus. Civile ius explicantis Donelli probata nobis doctrina, peritia, & auctoritas: At eiusdem declamatorem agentis, aut Theologum nulla auctoritas, nulla fides. Ne tamen verbis illudere velle eius exemplo; rerum autem inanes esse videamur: ita cum illo congredimur. Quod ille dat primo libenter accipimus, probantur illi Iustiniani Ecclesiastica tempora; probantur iidem, qui tunc erant Catholici Episcopi, dicti Iustiniano *Sanctissimi*. Modeste sane hac in re, ut Calvini affecla Donellus, & commode. Continuatam igitur a Iustiniano, & a superiori ævo, si opus sit, ad hæc usque tempora Episcoporum in illo Apostolico munere & potestate successionem, in pastorali cura

deutur sanctissimi, ut Iustinianus loquitur: est, cur formam ab illo hic constitutam retineamus. Quod si nunc neque sunt in urbibus episcopi, & si fiat, iurisdictionem omnem suam ad officiales suos delegarunt: si etiam quidvis sunt potius, quam episcopi, quos vulgus hoc titulo appellat: quomodo Iustiniani in hac re constitutionem possumus usurpare?

cura assiduitatem, in vitæ morumque castimonia innocentiam eidem opponimus. Quibus hæc probamus argumentis? Iisdem omnino quibus, credo, Donello & cuilibet cordato viro persuaderi potuit, Episcoporum Iustinianei temporis, qui procul ab eius ætate atque oculis abfuere, Sanctitas & Apostolica vigilantia. Qui hoc tandem? Eadem perpetuo ab Apostolorum ævo ad hæc usque tempora in Catholica Romana Ecclesia sanctissime custoditur Apostolica & Canonica successio, atque ordinatio Episcoporum. Em. Bellarm. *de Eccles. Lib.* 4. *Cap.* 8. Aug. Matthæuce in *Op. Dogm. Controv.* 6. *Cap.* 4. Eadem proinde, quæ datur per impositionem manuum, ut loquitur Apostolus *I. ad Tim.* 4. funditur & manat in nostros Episcopos Spiritus S. gratia; eadem quoque perdurat Ecclesiæ quoad Episcopos disciplina. Quod in eodem, in quo triumphat Donellus, residentiæ munere, atque præcepto, videre licet. De ea re ex veteris & sequioris ævi more atque instituto egregie atque doctissime, ut assolet, Thommasinus *de Vet. & Nov. Eccl. Discipl. P.* 2. *Lib.* 3. *Cap.* 32. 33. Nihil & in hac parte plenius, nihil gravius & sanctius Tridentini Decreto *Sess.* 6. & 23. *Cap.* 1. utrobique *de Reform.* Nec vero nobis obstrepat Donellus, aut alius quisquis Calvini assecla propter nonnullorum Episcoporum incuriam, aut minus diligentem commissi sibi gregis custodiam: putida namque hæc & obsoleta Novatorum criminatio: quæ non minus in nostra hæc quam in superiora omnia Ecclesiæ tempora cadit; & hæc, tamen ipsa revincitur Ecclesiastica universorum temporum disciplina; & aliorum omnium, qui sunt innumeri, Catholicorum Episcoporum assidua in Christi grege pascendo cura, labore, vigilantia; eorum præterea exemplo, vitæ integritate morumque innocentia.

C A P. XXVI.

De modis sive caussis quibus iudicium solvitur;

Transitio, & quæstionis status. I.
Iudicium solvitur, seu quis desinit esse iudex certis de causis. II.
1. *Si Prætor dederit iudicem ad certum tempus, intra quod litem dirimat.* III.
Neque illud fuerit prorogatum a partibus, vel contra inhibita a principe prorogatio. IV.
Iustinianus civilium caussarum cognitioni triennium præstituit. V.
2. *Si iudicem qui dedit, ipse revocaverit, aut magistratus superior. Hoc etsi non integra re, & quare.* VI.
Uno ex datis iudicibus iudicare vetito, reliqui non prohibentur: secus si unus ex his decesserit. VII.
Morte Magistratus iudicem dantis iudicis datio non extinguitur, & quare. VIII.
3. *Si datus iudex aut minus idoneus fuerit. Tres eiusmodi caussæ, & quæ.* IX.
Aut si par danti imperium obtinuerit. X.
Uno ex litigatoribus mortuo non solvitur iudicium, sed in alium transfertur; & qui ille. Interpretatio L. 57. de iudic. XI. XII.
Iudice dato remoto, vel demortuo alius in eadem caussa iisdem conditionibus substituendus. XIII.
Quod posteriori huic tempus in absolvendo prioris iudicio assignetur. XIV.

I. Ut iudex idoneus esset, duo requiri supra diximus, & ut recte ab initio datus sit, & ut ita datus perseveraret, nec desineret esse ante rem iudicatam. De priori satis demonstravimus, dum & qui iudex possit, & a quibus dari, explicavimus. Superest, ut quibus modis, quibusve de caussis quis iudex esse desinat, sive iudicium solvatur aperiamus. Iudicium enim solvi cum dicimus, ad iudicem nunc referimus: itaque veteres in hoc loco atque in hoc titulo de iudiciis usurpavere. Nam alloquin, si rem generaliter æstimare velimus, omnes omnino causas, quibus accidit ut iudicium impediatur ac retardetur, vel potius tollatur, ad iudicii solutionem referre deberemus. Quid enim si accepto iudicio litigatores transigant? Recte solvi iudicium dicitur. Quid si bonam fidem postea reus agnoscat? unde & omnia iudicia esse absolutoria vulgo olim iactatum. Quid etiam si actor deserat non ultra acturus, & eremodicium contrahatur, sic quidem ut circumduci edictum, & cognitionem oporteat? id est [1] tolli ac deleri sic, ut causa non

1) Ut instantia perimatur, non actio, vid. Duar. *de Iudic. fol.* 165. Wesenb. *ad L.* 13. §. 1. *& seqq. Cod. de iudic. n.* 30. *& seqq.* P. Friderus *Lib.* 2. *de Mandat. iud.* C. 20. Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisdict. C.* 9. *n.* 34. *& seqq.*

non cognoſcatur. *L. ſi præſes*, *C. quom. & quand. iud.* In quo (ut id obiter notem) admirari libet Caroli Sigonii iudicium. Is enim *lib.* 1. *De iudiciis cap.* 28. cognitionem circumduci apud Ulpianum in *L. Divi* §. 1. *D. de liber. cauſ.* interpretatur cognitionem cauſæ per centumviralia iudicia circumduci, a loco ſcilicet in quo iudicia olim exercebantur. Quo quid imperitius dici potuit, & ab eo Ulpiani loco alienius? ſed his omiſſis, veniamus ad id quod inſtituimus, explicandum.

II. Iudicium igitur ſolvi hoc loco dicimus, cum qui iudex recte datus eſt, certis de cauſſis iudex eſſe deſinit. Cauſſæ illæ naſcuntur aut ex lege ipſa dationis, aut a perſona eius, qui iudicem dedit, vel maioris cuiuſdam poteſtatis, aut a perſona iudicis dati.

III. Lege dationis, ſi ad certum tempus index datus ſit, ideſt, intra certum tempus iudicare litemque dirimere iuſſus ſit. Eo enim tempore elapſo ſi non iudicaverit, iudex nihilominus eſſe deſinit. *L.* 2. §. *ſi & iudex*, *D. de iudic.* Quemadmodum & tutor ad certum tempus datus certave conditione, pariter tutor eſſe deſinit poſt illud tempus, vel conditionis defectum. §. *ſed etſi*, & §. *præterea*, *Inſt. Quib. mod. tut. fini.* Conſueviſſe Prætorem tempus cognitionI, & ſententiæ iudicis a ſe dati præſtituere, dubium non eſt: ne lites, quas nullas eſſe in Republica expedit, aut quam citiſſime decidi, ex arbitrio & libidine iudicum extraherentur. Idque litigatores ipſi in primis cavebant, quorum conſenſum in tempore cognitioni præfiniendo Prætor etiam ſequebatur: ſed adhibita eſt tamen huic ſententiæ a veteribus moderatio quædam.

IV. Ita voluerunt iudicium finiri tempore, ut tamen & ſi iudex ipſe datus, & litigatores conſenſerint, ut dies prorogaretur, is conſenſus valeret. *d. L.* 2. §. *ſed etſi*. Nam & iudici æquum eſt licere, officium ſuum latius ad aliorum utilitates explicare, & litigatoribus, quorum gratia illa temporis præfinitio conſtituta eſt, ab ea recedere concedendum fuit. Niſi tamen ſit, quod & hoc quoque impediat, id vero eſt Principis iuſſio, qua prorogatio fuerit inhibita. *d.* §. *ſed etſi*.

V. Hodie ſane poſt Iuſtiniani conſtitutionem illam nobilem, quæ extat in *L. properandum*, *C. de iudic.* Principis iſta ſpecialis iuſſio atque inhibitio non ita locum haberet: cum ea conſtitutione cauſſæ civiles omnes intra certum temporis ſpatium, ideſt, triennium ab accepto indicio determinari debeant, ultra quod tempus nec indici licet, nec litigatoribus diem cauſſæ dirimendæ prorogare. Ad quam conſtitutionem dixi alibi reſpectum habuiſſe videri Tribonianum in *L. ſi iudex*, *D. de iudic.* Eaque verba, (ita tamen ut legitimum tempus non excedat) ipſius eſſe. Nec vero huic prorogationi ex iudicis, & partium conſenſu factæ obſtat quod iudex ultra illud tempus iudex non ſit, ac propterea rei iudicatæ auctoritatem non poſſit eius ſententia obtinere: quia Magiſtratus, qui eum dedit, certumque tempus adiecit, ſecutus in ea re conſenſum & commodum litigatorum & iudicis dati intelligitur, eiuſque voluntate manere adhuc index is, de quo ut maneret, ipſemet & litigatores ultro conſenſerint.

VI. A perſona eius qui iudicem dedit, iudicium ſolvitur, ſi is vetuit poſtea iudicare, ſive iuſſum ſuum de iudicando revocavit, *L. iudicium*, 58. *D. de iudic.* Qua in re differt a reliquis mandati generibus, quæ revocari fere rebus non integris non poſſunt. Sed ea [2] eſt vis imperii, & Magiſtratus auctoritas, ut privatorum mandatis anteferri debeat, multæque incidunt ſæpe cauſſæ, cur iudicem datum Prætor removendum putet. Qua de cauſſa etiam is iudicare prohibere poteſt, qui iudicem ipſe non dedit, ſed eo qui dedit, [3] maius imperium habet: *d. L. iudicium*, puta Præfectus Prætorio, quæ ſumma eſt poſt principem poteſtas. Et ſupra quem nemo eſſe dicitur, qui alteri pareat, vel Prætor ratione ædilium Curulium, vel præſes legati ſui.

VII. Ad hunc locum & illa quæſtio pertinet, ſi plures in eadem cauſſa iudices dati ſint, quod fieri ſolere, & interdum neceſſe eſſe conſtat, unuſque ex iis iudicare prohibitus ſit, an alter vel cæteri, qui prohibiti non ſunt, iudicare poſſint. Et verius eſt poſſe. Nam cum unus tantum nominatim prohibitus eſt, reliquis rem committere prætor videtur, inquit Paulus *L. cum prætor*, *D. de iudic.* ficut e contrario, cum lex nominatim, quid in præteritum indulget, in futurum vetare

2) Quia non tam vi mandati, quatenus contractus eſt, ſuſcipit cauſſæ cognitionem delegatus, quam imperii neceſſitate, nec ulla inter delegantem & delegatum nata eſt obligatio, Gœd. *de ſequeſt.* C. 1. *n.* 61. *&* *ſeq.*

3) Quia ceu principis præſentia omnium omnino, ita magiſtratus ſuperioris, poteſtatem inferioris ſuſpenſam tenet. Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 315. vid. *L. poſterio* 3. *C. de eſſ. coll. prov.* Coler. *de Proceſſ. Part.* 2. *Cap.* 1. *n.* 140.

ab Ulpiano dicitur. *L. cum lex, D. de leg.* Cur enim, si omnes prohibere voluit, unum duntaxat, prohibuit? Non eadem ratio, si aliquis ex iudicibus [4] decesserit. Quia enim voluntas prætoris hic nulla apparet, merito pontificio iure constitutum est, ut iudicium solvatur, *cap. uno delegatorum, extra de offic. deleg.*

VIII. Sed quid contra dicemus, si prætor qui iudicem dedit, ipse decesserit? Dicimus iudicium hoc modo non solvi. *L. venditor, 49. §. ult. D. de iudic.* Qua in re etiam iudicis datio distat a reliquis mandatis, in quibus ita ius est, ut morte mandatoris solvantur, idque etiam in ipsa iurisdictione mandata obtinere Labeo scripsit, *L. & quia, 6. D. de iurisd.* ut mirum videri possit, cur non idem in iudicis datione receptum sit, & quidem multo magis, quo est iudicis datio quiddam humilius quam iurisdictio mandata. Ad hoc, iurisdictio eius, qui iudicem dat, puta, proconsulis, post [5] successoris adventum finitur. *L. meminisse, D. de offic. proconsul.* His ita respondendum est, iurisdictio mandata non simpliciter mandatoris morte extinguitur, sed ita, si is, qui mandavit, decesserit, priusquam ab eo, cui mandavit, geri cœperit, ut in omnibus aliis caussis mandatorum accidit, ita diserte loquitur *d. L. & quia.* Iudicis autem dationem, ne sic quidem extingui dicimus; id est, etiamsi non cœperit iudex ante mortem eius, a quo datus est, cognoscere. Ratio est, quia litigatorum favor id exigit, ne diutius trahantur: Et quia iudicis datio magna parte in eorum consensu posita est: & quia postquam iudex datus est, [6] suo iure cognoscit. In iurisdictione mandata contra est; Si nihil geri cœptum sit, nihil tale occurrit. Quare dicamus, iurisdictionem manere post mortem eius, a quo mandata est, & a quo tota pendebat. Quod ad sententiam *d. L. meminisse* attinet, respondetur, eadem lege, qua iurisdictio & imperium proconsuli mandatum est, ita contineri, ut accepto successore statim desinat, simul ille in provinciam venerit: adeo ut & Maiestatis teneatur, qui accepto successore statim non decedit. *L. 2. D. ad leg. Iul maiestat.*

IX. A persona iudicis dati iudicium solvitur duobus modis, vel quia minus idoneus esse iudex deprehenditur, vel quia cogi non possit iudicare. Quo minus idoneus iudex sit, contingit earum rerum ex aliqua, quæ iudicandi facultatem adimere solent. Ea sunt tria fere, furor superveniens, necessaria iudicis occupatio aliqua, & iusta suspicionis caussa. Furore superveniente, hoc est, si iudex furere cœperit, iudicium solvi, manifestum est. *L. iudex, 46. D. de iudic.* Non ipso quidem iure, sed mutatione & subrogatu alterius. Nam ipso iure manet iudex, qui ab initio recte addictus est, nec iuris officium, quale est iudicis, facto & furore tolli potest. *argum. L. patri. D. de his, qui sunt sui vel al. iur.* Sed quia iudicandi necessitatem morbus sonticus remittit, mutari debet, ut sunt verba *d. L. iudex.* Quod autem in *d. L.* est, in eodem officio iudicem permanere, licet furere cœperit, quia recte ab initio addictus sit: hæc ratio pugnare videtur cum eo, quod scriptum est in *L. cum furiosus, 39. eod. tit.* furiosum ab initio iudicem recte dari. Solutio est, qui perpetuo furiosus est, iudex dari non potest. *L. cum prætor, 12. §. non omnes, D. eod. tit.* Et ita intelligenda est, *d. L. iudex.* At qui intervalla furoris habet, recte iudex datur, etiamsi datinnis tempore furiosus est: ut si postea sanæ mentis effectus sententiam dicat, ea sententia valeat. Ita loquitur *d. L. cum furiosus*: additque elegantem rationem, quia in addicendo, id est, in dando præsentia vel scientia iudicis non est necessaria. Quod

ex eo

4) Duar, *in tit. de iudic. Cap. de iis, qui iud. dar. poss. f.* 167. Quando autem mortuus delegatus ius cognoscendi transmittit in successorem, vid. Menoch. 2. *Arb. Q.* 68. *& seq.*

5) Tametsi si quæ egit, antequam successorem advenisse cognoverit, rata sint *L.* 17. *de off. præs. C. gratum de off. deleg.* vid. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 28 *p.* 305 *& C.* 29. *p.* 212. Errat vero idem dum cum Govean *ad d. L.* 6. statuit *pag.* 214. dato iudice ab eo, cui iurisdictio mandata, notionem eius, etsi non expiret morte dantis, cum adhuc superstit, qui mandavit, quique ipse potius quam mandatarius dedisse videtur, finiri tamen morte magistratus, qui mandavit. Nam si ubi magistratus ipse dedit, morte eiusdem non finiri, Scipio concedit; minus finietur, ubi per alium dedit iuris interpretatione. Et incongrua ratio Gentilis, quia, morte magistratus, iurisdictionis mandatum finitum. Æque enim & multo magis finitum idem legati morte.

6) Ita & Sc. Gent. 2. *de iurisd.* 29. *p.* 212. & Cuiac. *ad Nov.* 134. Postcaquam datus, ait, non ex iussu solo, sed proprio iure cognitionem habet. Sicuti & mandatum actionis, quia ea proprio iure habetur, morte non extinguitur *L.* 5. *Cod. de O. & A.* Quod vero propria sit iudicis dati notio, neque is vice dantis fungatur, quemadmodum mandatarius iurisdictionis, inde probatur, quod ab eo appellatur is, qui dedit *L.* 1. *Quis a quo app.* non proxime superior. Nemo vero a seipso provocari potest, Obrecht. *Disput.* 6. *n.* 83. *& seqq.* Optime Camill. Plaut. *de Off. eius, cui mand. iurisdict. Lib.* 1. *Cap.* 13. Iudicem datum habere potestatem iudicandi a lege, sed non posse eam exercere, nisi accedat iussus præsidis. Nihil itaque habet a magistratu, sed iubetur ab eo exsequi munus sibi lege iniunctum, & caussas suscipere cogitur. Iudices enim pedanei deputati olim erant ad disceptandum caussas privatas, eorumque certæ erant decuriæ, vid. *supra C.* 24. *N.* 21. Unde ex addictione accepti, ut *d. N.* 21. exercitium consequebantur notionis, quæ prius, habitu saltem, competebat. Sic magistratus municipales non dant tutores, nisi iussu præsidum, nec tamen ius dandi tutores a præsidibus agnoscunt.

ex eo pendet, quia cum iudicium inter munera publica referatur. Sequitur etiam ignoranti, & invito imponi posse. *L. ult. D. de munerib. & honorib.* Secunda caussa erat, occupatio necessaria, & longa aliqua: puta profectio, vel infirmitas, vel rei familiaris periculum, 7 & similia, de quibus in *L.* 13. *D. de vacationib. muner.* Et hoc etiam modo non definit quis ipso iure Iudex esse, sed prætoris mutatione, qui alium iudicem dare debet. *L. si longius*, in princ. *D. de iudic. L. pen. C. de pedan. iudicib.* Tertia caussa est, ex suspicione iusta postea incidente. Quod ita refert ex Iuliano Ulpianus: Si alter ex litigatoribus iudicem solum hæredem, vel ex parte fecerit: alius iudex necessario sumendus est: quia iniquum est, aliquem suæ rei iudicem fieri. *L. Iulianus*, 17. *D. de iudic.* Quo pertinet *tit. Cod. ne quis in sua caus. iudic.* Neque obstat *L. in privatis* 77. *eod. tit.* ubi scriptum est, filiumfamilias in caussa patris iudicem esse posse. Id enim alibi sic explicavimus, volente & consentiente adversario posse, non aliter.

X. A persona quoque iudicis dati descendit & illa caussa iudicii solvendi, si ipse iudex 8 eiusdem imperii esse cœperit, cuius erat, qui iudicare iussit: puta, si prætor te iudicem dederit, postea tu quoque fias prætor. *L. iudicium*, 58. *D. de iudic.* Ratio est, quia iudicare cogi non potes, cum par in parem imperium non habeat. *L.* 3. & seq. *D. de recept. arbitr.* At iudicium nullum est, nisi iudex cogi possit ad iudicandum. *L. de qua re*, 74. *D. de iudic. L.* 13. §. fin. *D. de vacationib. muner.* Hoc igitur modo iudex statim esse definit, & quidem ipso iure *d. L.* 58. In superioribus, quas commemoravi caussis non ipso iure & statim, sed mutatione demum & subsectu alterius definit quis iudex esse.

XI. Sed quæritur, an ex persona etiam litigatorum ulla caussa iudicii solvendi manet, sicut ex persona iudicis, & eius qui iudicem dedit? Dicimus 9 nullam esse. Nam si alter ex ipsis moriatur, iudicium non propterea solvitur, sed transfertur, in hæredem, vel in dominum litis, vel in patrem, si actio de peculio eum teneat, aut, quæ eius actionis clausula est, de in rem verso actio. De hærede dubitatio nulla est. De patre, & de domino litis scriptum est in *L. tam ex contractibus* 57. *D. de iud.* Pone filiumfamilias quasi procuratorem alicuius iudicium accepisse: scriptum est in *d. L.* 57. Mortuo filiofamilias in eum, quem defenderit translationem iudicii dari. Et ratio est, quia licet procurator dominus litis appelletur. *L. Titius*. Cum simili, *D. de procurat.* tamen revera & in effectu negocium est eius, qui procuratorem dedit, non procuratoris. Legitur & alio modo in *d. L.* nimirum actio iudicati datur. Quod & verum est, ut apparet ex *L.* 27. §. 1. cum 4. *legib.* seqq. *eod. tit. de procurat.* sed tamen 10 superior lectio magis convenire Ulpiani instituto videtur.

XII.

7) Si surditas, aliusve morbus supervenerit, dum medelæ spes est, officium non abdicatur, sed negocia alicui committuntur expediends. ita ut dignitatis stipendia an proventus ille accipiat arg. *L.* 22. §. *ult. L.* 41. *Locati.* Nec ex caussa ægritudinis etiam perpetuæ quis officio abire cogendus. *Cap. ult. de cler. agrot.* C. *scripsit* 1. & C. *quamvis triste* 14. *Cap.* 7. *qu.* 1. ita P. Greg. 47. *Synt.* 9. *n.* 8. 9. & 15.

8) Bart. tamen *ad d. L.* 58. *n.* 4. hoc sic accipit, si delegatus socius & collega delegantis redditus. Non si alterius iurisdictionis pars esse cœperit, veluti si delegatus Episcopi creatus sit Episcopus alterius diœceseos, sed id inde, quia iudicem pedaneum cum mandatario iurisdictionis una appellatione confundit.

9) Nisi in casu *L.* 11. *hoc tit.* si cum quo lis erat ab adversario arrogatus, Duar. *de Iudic. Cap. Qui poss. agere.*

10) Et ita Hal. *not. Goeb. ibid.* Eodem sensu P. Fab. 1. *Semestr.* 12 & Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 8. *Princ.* 6. *Ill.* 6. legunt, transfertur actio. Hot. 7. *Obs.* 20. lectionem utramque coniungens legit, iudicii translatio vel actio iudicati datur. Plane quanquam Florentina lectio *transactio vel iudicati datur*, sensu idoneo donari vix posse videatur, cum nec quo pertineat *transactionis* verbum, nec quo referendum sit, nec quomodo de eo commode transigi queat, ullus viderit, ut P. Fab. loquitur, qui pro fausto tam desperato loco ab Ulpiano ipso gratiam sibi deberi, præ se fert. Quid tamen si nos pro perpetuo nostro in asserendis incorruptis iuris locis, quos alii affectos clamitant, duramque urendo secando medicinam adhibent, studio, sensu non idoneo tantum, sed & concinno verba illa donabimus, nunquid hac parte (præfiscine dixerim) gratiam meliorem inibimus, laudemque correctorum evanidam reddemus. Effectum id dabitur, spero, si ostendetur *transactionis* verbum præcipuam quidem, at non solam acceptionem habere amicabilis compositionis, &c. ut *t. D. & Cod. de transact.* Sed & transactum dici quod quaqua ratione finem accepit *L. transacta* 229. & *seq. de V. S.* Sic transactum tempus *L.* 8. *Cod. qui admitt. L.* 4. *C. de acq. poss. L.* 3. *Cod. de præs. long. temp.* Virgil. 1. *Æn.*

. . . . *fatis melioribus annos*
Transigat . . . .

Salust. *in Proœm. ne vitam silentio transigant*, &c. Transigere matrimonia pro dissolvere *L. ult. Cod. de repud.* Et transigere pro perficere seu absolvere, prosequi, &c. apud Cic. frequens, ut 13. *Epist.* 14. *negocium ipse suscipias, transiga*, 3. *Catilin. pag.* 461. *quod faciendum primum fuit, factum & transactum est*, in *Orat. p. m.* 371. *ut cum iam transegerit aliquid, definiat* & 1. *de Invent. pag.* 93. *potueritne multitudo rerum in eo transigi tempore*, & 6. *Verrina p.* 229. *quod verbo transigere possim.* Et alibi passim, ut locos plures proferre pigeat. Unum addo ex 6. *Verrina* sub fin. *Quod a nobis*, ait, *novem solis diebus prima actio sui iudicii transacta sit*, id est absoluta ac ad finem perducta. Et alterum ex 4. *Verrina p. m.* 138. *transacto aut dilato iudicio.* Unde appareat transactionem generalius, omnem litis terminationem complecti, quod & ex *d. L.* 229. & *seqq.* recte DD. vulgo inferunt, nequicquam renitentibus Forcat. *Dial* 46. *n* 3. ac Gœd. *ad d. L.* 230. & probatur *L.* 3. *Cod. de fruct. & lit. expens.* ubi manifeste transactum negotium, quod sententia finitum. Quomodo & dici potest in *L.* 2. *de iureiur.* speciem proprie dici continere transactionis scilicet generalius acceptæ iusiurandum, neque ut Gœd. & Forcat. *d. loc.* similitudinem denotare. Perspicuum et hisce facile quod *d. L.* 57. integra lectio servari possit, si transactionem exponimus iudicii a Procuratore litis contestatione cœpti prosecu-

XII. In eadem lege mirari quis possit, cur Ulpianus dicat, patrem de peculio teneri post litis contestationem. Quid enim, nonne idem esset, & ante litem contestatam filiofamilias mortuo? Ita profecto. *Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. &c.* Cur igitur ea verba adiecit? Duabus de caussis opinor, vel earum ex altera. Primum enim de iudicio illic agitabat Ulpianus. Iudicium incipit a litis contestatione. *L. 1. C. de litis contestat.* Ac propterea illud fragmentum in illum titulum de iudiciis relatum est. Deinde animadvertendum est Ulpianum antea dixisse, filiumfamilias tam ex contractibus, quam ex delictis conveniri posse: ac statim subiunxisse, sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem, &c. Sed ex delictis filiorum parentes non tenentur ante litem contestatam, nec de peculio quidem. *L. 1. §. si filiusfamilias D. de his, qui deiecer. vel effuder. §. ult. Inst. de noxalib. action.* At post cœptum cum filiofamilias iudicium, [11] cœpit filiusfamilias teneri quasi ex contractu. Nam iudicio quasi contrahi dicitur. *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Patrem autem ex contractibus filiorum obligari de peculio certum est. Mortuo igitur filio post litem contestatam, quanvis ex delicto conventus esset, pater tamen quasi ex contractu tenebitur. Sed cur non in solidum, cum sit hæres filii? Quia non hereditatis iure, sed peculii occupat pater bona filii. *L. 2. D. de castrens. pecul.*

XIII. Caussis mutandi vel solvendi iudicii expositis, superest illa quæstio, iudice sic remoto, vel demortuo quid agendum sit? Et placet, alium iudicem substituendum esse. Nec tamen propterea iudicium mutatur, sed idem manet quod prius, licet prius solutum esse dicatur ob subductam prioris iudicis personam. Quo pertinet elegans illa quæstio in *L. proponebatur, D. de iudic. facit §. Nov. ut nulli iudic.* 134. Substituto iudice tenendum est, quod præcipitur in *L. mortuo*, 60. & *in L. si iudex* 33. *eod. tit.* ubi traditur, quid huic substituto incumbat, quæque eius partes sint. Ait enim *d. L. mortuo*, quod priorem iudicem iudicare oportuerat, [12] idem eum, qui subditus est, sequi oportere, hoc est, facere in cognoscendo, & in iudicando ea, quæ prior iudex facturus erat, cuius ipse non in locum modo, sed in conditionem etiam potestatemque successit. Quod ita intelligendum est, etiamsi simpliciter nulla re nominatim expressa datus sit. Intelligitur enim eadem de re iisdemque esse conditionibus datus, quibus is, cuius in locum substitutus est. *d. L. si iudex*, De eadem re, nimirum ea, quæ in iudicium ante deducta est, & de qua prior iudex addictus est, non de alia iudicare debet. *d. L. mortuo*. Iisdem quoque conditionibus, puta, si priori iudici certum tempus præfinitum fuerat, intra quod iudicaret, puta, annus. Nam [13] tantundem & substituto eius datum esse intelligitur. *d. L. si iudex*. Quod quidem dubitationem non habet, si prior iudex iudicare nondum cœperat.

XIV. Quod si iudicare iam cœperat, & ita præfiniti anni aliqua pars effluxerit, hic quæritur, quantum tempus posteriori iudici datum intelligatur? Et dicendum puto, etiam tunc annum datum videri. Indistincte enim loquitur *d. L. si iudex*: his verbis, *ex integro tempora in persona posterioris præstituta* intelligi. Quod etiam confirmat exceptio, sive temperamentum in fine eius legis positum Ita tamen, ut legitimum tempus non excedat. Quasi dicat, dummodo temporis istius integri in iudice posteriore tacita concessio, si coniungatur cum tempore, quod priori iudici supererat, non excedat legibus definitum ad dirimendas lites tempus. Quod quantum olim fuerit, non facile quis dixerit: videturque potius in arbitrio prætoris & litigatorum conventione positum fuisse. Arbitrarium igitur & infinitum iudici erat nullo præstituto tempore. Quod & iure pontificio, *C. significan-*

secutionem & terminationem, apto pariter & eleganti sensu. *Transactio* id est prosecutio ac terminatio iudicii scilicet accepti, de quo verba proxime priora *vel iudicati* (subaudi *actio*. Ellipsi utitur IC. durioris auribusque adversi sonus evitandi ergo) *datur* id est conceditur, seu eius potestas fit. Dare enim inter alia potestatem facere significat, ut dare ludum, Plaut. *Bacchid.* 40. *Sc.* 10. *&* *in arg. Stichi*, Yvo Villiomar. *in loc. Controv. Rob. Titii Lib* 5. *C.* 4. Sic hic *dare transactionem in eum*, facere potestatem iudicium contra adversarium persequendi. Quasi diceret; vel lis a Procuratore cœpta, mortuo eo, ad finem perducenda, a domino, vel si iam ante finem sententia, iudicatum a domino faciendum.

11) Accedit quod aliud est novam institui debere actionem contra patrem, quod fieri potest eatenus, ut ibi etiam vivo filio, vel ante contestationem mortuo; Aliud transferri in patrem contra filium iam institutam, & persequi probationes cœptas, ne temporis & impensarum fiat iactura: scite Ant. Fab. 1. *iurispr.* 8 *Princ.* 6. *illat.* 5.

12) Ex iisdem actis, nec caussam denuo cognoscit. Unde liquet non inanem esse hanc quæstionem *d. L.* 76. aut in verbis consistere. Nam si aliud foret iudicium, non deberet sequi posterior, quod a priore inceptum. Duar. *de iudi. Cap. de iis, qui iud. dare f.* 158.

13) Ast contra videri potest per superiora. Quia enim idem iudicium, tempus quod superest computandum cum altero; ut si priori præstitutum biennium ac annus lapsus, posterior annum habeat non biennium. Sed ita placuit utilitatis gratia, quia aliquo tempore opus est substituto, ad deliberandum de rebus a priore factis, Duar. *d. tit. &* *Cap. sub fin.*

cantibus, extra de iudic. & consuetudine fere omnium populorum hodie obtinet, abrogata *L. properandum, C. de iudic.* Propter quam legem suspicari libet ea verba in fin. *d. L. si iudex*, a Triboniano fuisse supposita, ut ius Digestorum a iure Codicis ne discreparet, vel ut ab eo interpretationem acciperet. Quicquid eius rei sit, quod ad quæstionem nostram attinet, de ea clarissime est in d. constitutione comprehensum, in *§. sin autem in medio*, &c. cuius hæc sunt verba. *Sin autem in medio, vel morte iudicis, vel alia irrecusabili occasione iudicium fuerit mutatum: tunc siquidem ex triennio annale tempus vel amplius residet, in quo alius iudex caussæ imponitur: intra reliquum tempus caussa finiatur. Sin autem minus, quam annale sit, tunc omne quod deest, repleatur, ut non in minore perfecti anni tempore litem possit subrogatus iudex tam discutere, quam terminare.* Hæc Iustinianus. Ad hunc locum quoque de potestate iudicis substituti pertinet, quod a Paulo scriptum est, edictum quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum connumerari debere. Si tamen omnis edictorum numerus finitus sit, solere successorem unum edictum dare. *L. edictum, 55. D. de iudic.* in quo tamen videtur ab hac *L.* dissentire. *L. consentaneum, C. quomodo & quando iudex*, in qua Imperatores requirunt, ut a successore iudicis, qui trinis edictis absentem iam citaverat, non unum, sed tria itidem edicta dentur, *d. L.* versic. *a quo ter citatus*. Nisi dicamus pro, *ter*, [14] legendum esse, *Iterum*. Ut Cuiacio placet *lib. 18. observ. 29.* Mihique magnopere probatur. Posset etiam legi, item, minore mutatione. Et scriptum fortasse fuerat, *it.* quod in *lib. Notarum iuris*, exponitur, *item*.

14) Nec hanc correctionem, quam Scipio Gentilis, cuius interpolationem hic agnoscere mihi videor, esse reor, recipio. Minus incommodi ducens, si relativum ibi referatur ad remotiora, quam si manus legi inferatur. Quanquam vix quidquam hoc incommodi quando vers. *quod vel successor eius facere curabit*, obiter quasi insertus, & veluti in parenthesi positus accipi potest. Nam in vers. *a quo ter citatus*, modus coercendæ contumaciæ proponitur, sane non ei tantum casui, quo successor præsidi, qui iam ante citationes emiserat, datus, conveniens. Quin immo nec si verba *a quo* ad successorem referas emendatio necessaria. Neque enim definitur *ter citandum* esse reum, sed ex facto quæritur si *ter citatus* contumax, quid agendum. Quæ verba enunciativa ad preces consulentis factique relationem respicere possunt. Quid enim si post trinam citationem antecessoris, successor ex abundanti ter itidem citaverit: Quæstioni non minus, immo magis locus, quæ contumacis pœna.



F I N I S.



